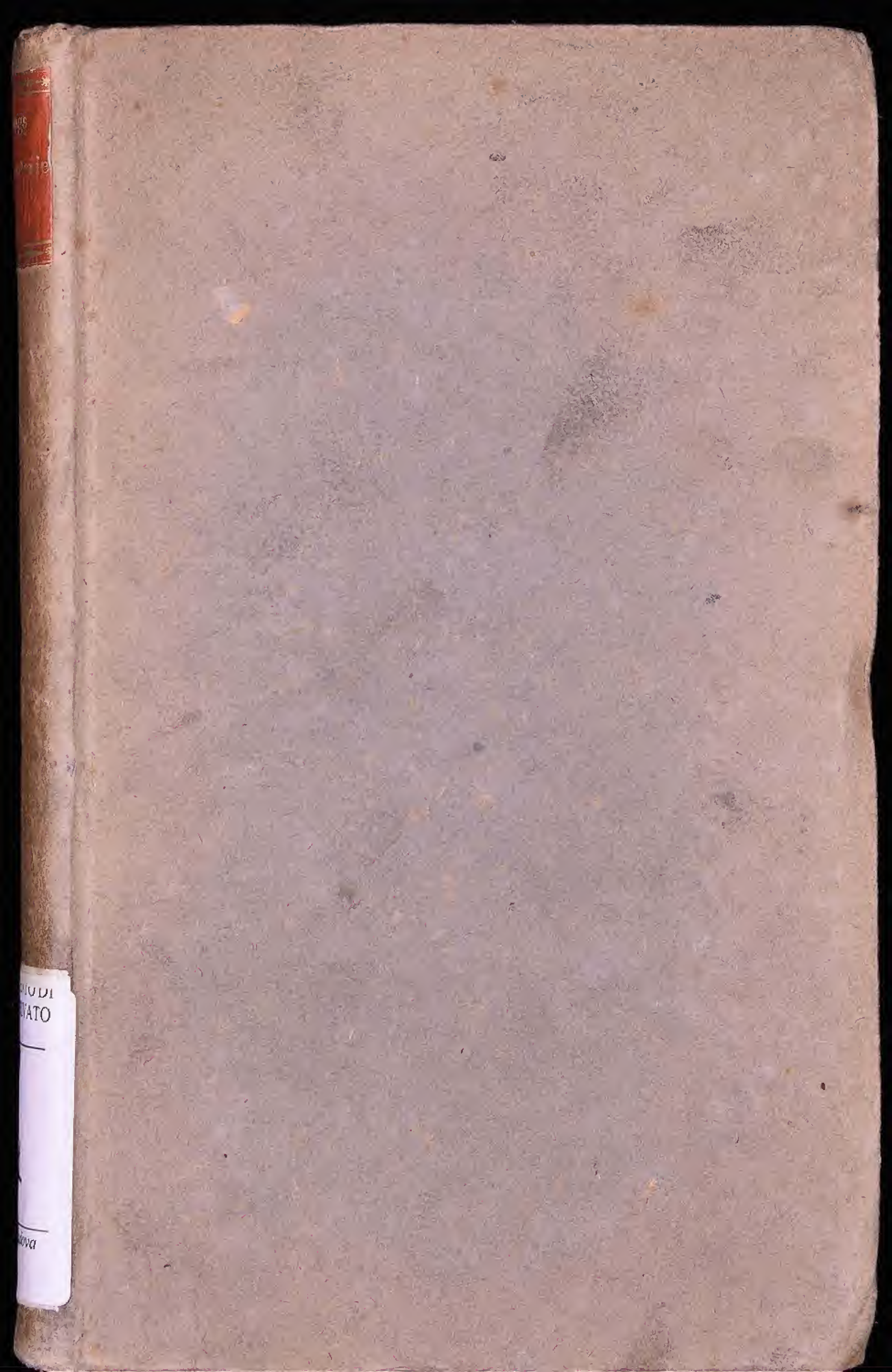
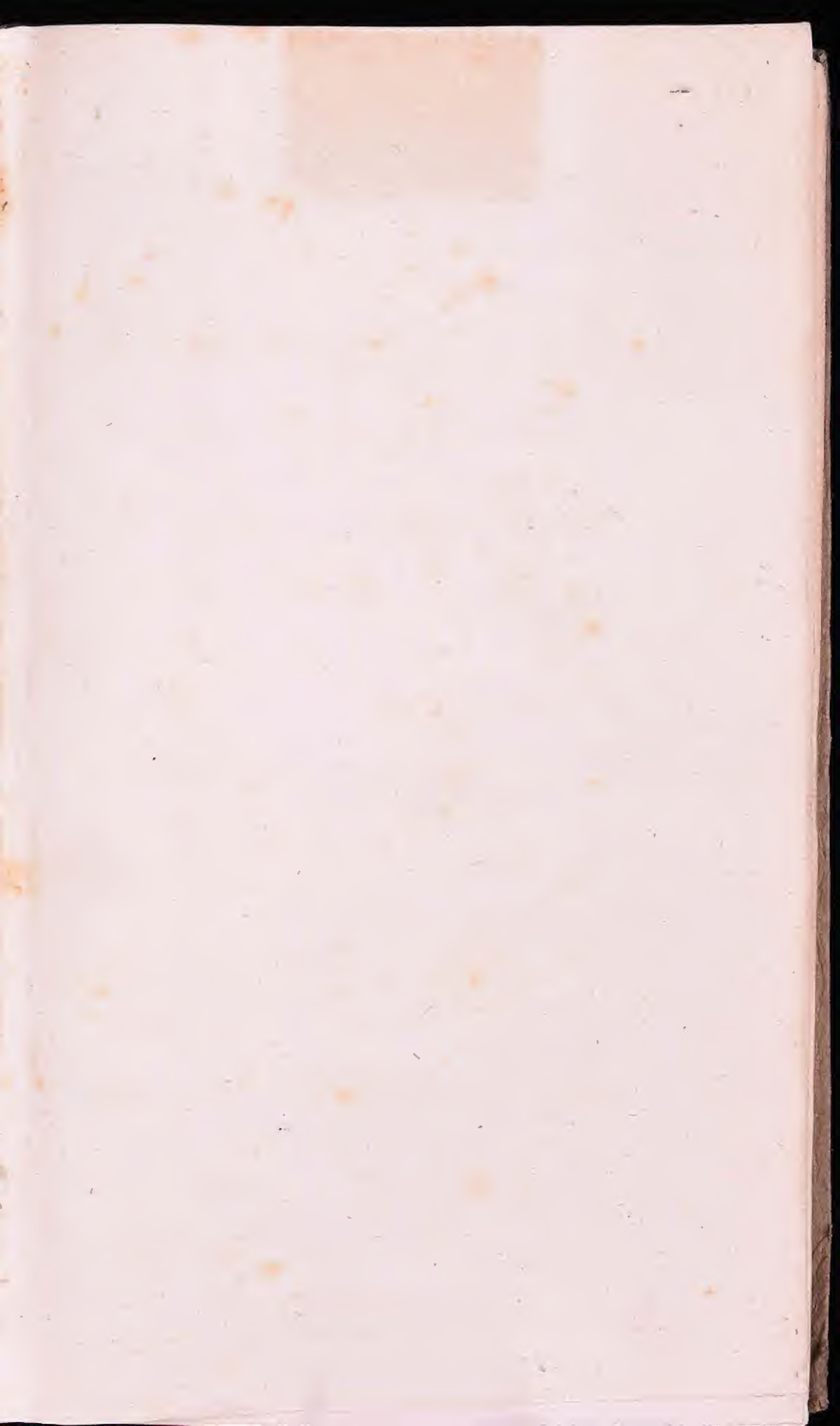
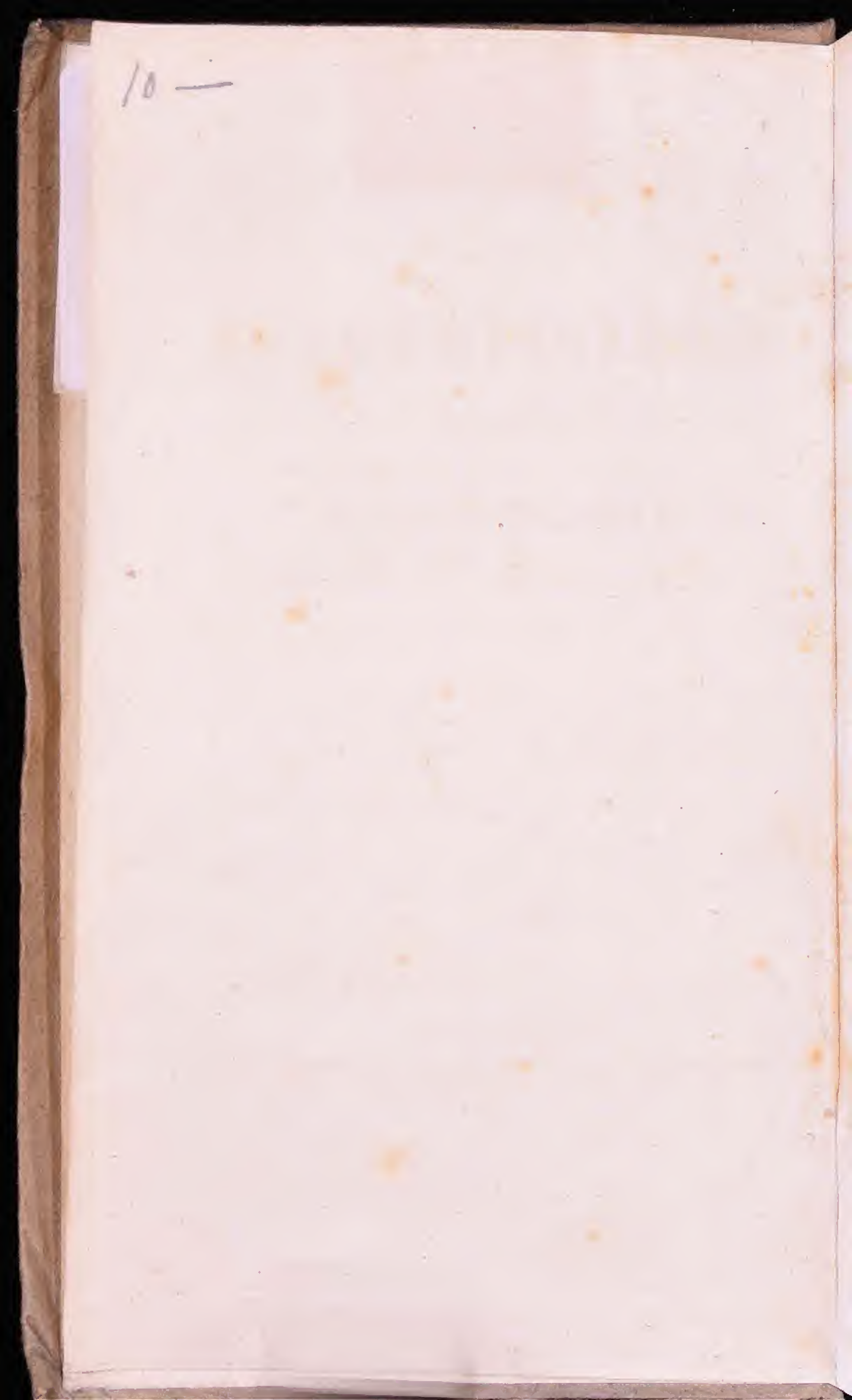






Ausbeute

von

Nachforschungen

über verschiedene

Rechtsmaterien.

Von

Dr. F. C. Gesterding.



Erster Theil.

Greifswald,
bei C. A. Koch.

1826.



Dem

Herrn

Dr. Andreas Odebrecht,

Beisitzer bei dem Königlichen Ober-Appellations-Gericht zu Greifswald,

zur Anerkennung Seiner Verdienste um die Rechtspflege

und

zum Zeichen seiner besondern Hochachtung

gewidmet

von

dem Verfasser.

Vorrede.

Von den vierzig Abhandlungen, die in dieser Sammlung und deren erstem Theil enthalten sind, ist bloß die vierte dem Publicum nicht ganz unbekannt. Indessen erscheint sie hier in einer von ihrer ursprünglichen Gestalt verschiedenen; wenigstens ist sie in der Zwischenzeit nicht bloß älter geworden, sondern auch gewachsen; sie ist viel stärker geworden, etwa noch einmal so stark. Die übrigen Abhandlungen alle sind Fremdlinge in der gelehrten Welt, in die sie jetzt eintreten.

Die Abhandlungen enthalten, was der Titel verspricht. Der Verfasser, seit 1818, da er zuletzt ein größeres Werk herausgab, durch mancherlei Umstände

und, in den letzten Jahren, durch Verwaltung öffentlicher Angelegenheiten und Nebenämter gehindert, hat bloß von Zeit zu Zeit einzelne Abhandlungen in Journalen liefern können. Aber, nachdem er seit dem Sommer vorigen Jahres etwas mehr Muße gewonnen, hat er sie dazu angewandt, theils einige ältere Arbeiten von Neuem durchzusehen, theils in den Tiefen der Wissenschaft nach neuen Dingen zu forschen, und, was er auf diesem Wege zu Tage gefördert hat, dieses bietet er verarbeitet dem Leser jetzt dar, damit er an dem, was der Verfasser mit Mühe gewonnen, ohne Mühe Theil nehme, und des Guten, wenn etwas darunter ist, wie viel oder wie wenig es seyn mag, mit ihm sich erfreue.

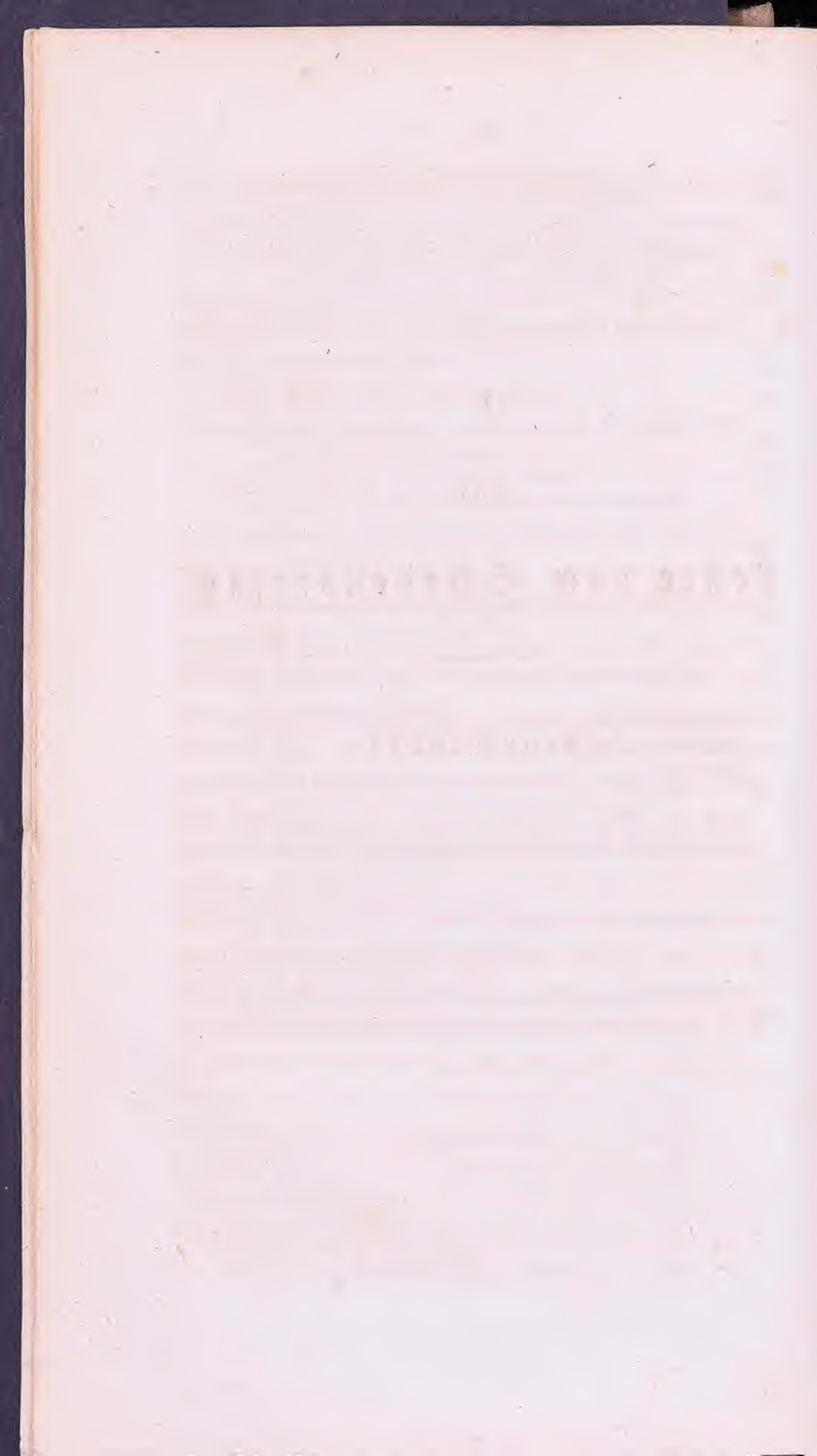
Greifswald, in der Mitte des Monats April, 1826.

Inhalt.

I.

Zur
Lehre vom Schadensersatz.

(August 1825.)



I.

Ueber das Lucrum interceptum.

Zu den einfachsten, schon durch den bloßen Gebrauch der Vernunft erkennbaren Wahrheiten gehört ohne Zweifel, daß ein Beschädigter ganz in die Lage zurück versetzt werden müsse, worin er ohne die widerrechtliche Handlung dessen, der den Schaden gestiftet hat, gewesen seyn würde [1]). Ein Beschädigter soll zwar nicht gewinnen, aber alle nachtheiligen Folgen der Handlung müssen von ihm entfernt werden, und in so fern dies nicht möglich ist, müssen sie wieder gut gemacht, durch etwas Gleichgeltendes bedeckt, kurz ausgeglichen werden. Hiernach ist nicht nur für den Schaden Ersatz zu leisten, den Jemand durch Verminderung seines bereits erworbenen Vermögens erlitten hat, sondern es muß auch der Gewinn, welcher dem Beschädigten entzogen ist, der Erwerb, der ihm ohne die schädliche Handlung zu

[1]) *L.* 15. §. 5. *D. Quod vi aut clam:* Hoc Interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum esse. Officio autem judicis ita oportet fieri restitutionem, judicandum est, ut in omni causa eadem conditio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset.

Theil geworden seyn würde, die Vortheile, die ihm entgangen sind, müssen ihm ersetzt werden.

Wiewol nun dieser Satz an und für sich so wahr ist, wie irgend einer, so stößt man doch bei der Anwendung auf solche Hindernisse, die ihn ganz unbrauchbar zu machen scheinen.

Wir wissen wol, was geschehen ist, aber welcher Mensch ist im Stande zu sagen, was unter andern Umständen geschehen seyn würde. Mit Sicherheit können wir bloß behaupten, daß hier eine Hoffnung oder eine Aussicht zu einem Erwerb untergegangen ist, aber würde sie auch nicht außerdem vereitelt seyn? Wer bürgt dafür, daß der Erfolg unsern Erwartungen entsprochen haben würde? Weil also ein Verlust dieser Art sich nicht ausmitteln läßt, so muß, kann man sagen, der Beschädigte ihn als einen jeden andern Unglücksfall, der ihn hätte treffen können, verschmerzen und sich allenfalls mit der Betrachtung trösten, wer weiß denn auch, wie alles sich gefügt haben würde.

Auf der andern Seite kann man erwiedern, wir müssen uns überhaupt bei Gericht mit Wahrscheinlichkeit begnügen; und wenn es nach den Umständen glaublich ist, daß dem Beschädigten dieser Erwerb zu Theil geworden seyn würde, so ist dies zur Verurtheilung dessen, der den Schaden gestiftet hat, hinlänglich. Ist hier zwar nur eine Hoffnung zur Vermögensvermehrung vorhanden gewesen, so war es doch an dieser bloßen Aussicht schon genug; für diese verlorne Aussicht muß Entschädigung geleistet werden. Auch ist billig, wenn hierbei leicht einer von beiden zu kurz kommen kann, daß eher derjenige leide, der den Schaden gestiftet hat, als der Beschädigte.

Welche Grundsätze das Römische Recht über den Ersatz des lucri angenommen habe, muß aus einzelnen Bruchstücken mehr errathen werden, als daß es sich strenge beweisen ließe.

So viel versteht sich nun 1) wol von selbst, daß überhaupt nur ein rechtmäßiger Gewinn oder Erwerb (ein lucrum justum) in Anschlag kommen könne. Denn wie könnte das Gesetz Jemanden zur Erlangung eines unrechtmäßigen, d. h. vom Gesetz selbst gemißbilligten, behülflich seyn? Mit Recht bemerkt Cramer [2]): constare debet, sitne honestum, quod exspectavit lucrum, num bonis moribus contrarium. — Es kommt aber auch 2) ein solcher Gewinn nicht in Betrachtung, wodurch man sich nur mit dem Schaden eines Dritten bereichert haben würde. Die Rechtsgelehrten stellen diesen Satz auf, der wenigstens von der unterbrochenen Usucapion und dem gehinderten Erwerb der Sache durch Usucapion, nach der gemeinen Lehre, wahr ist, auf welche manche ihn auch beschränken [3]). Ueberhaupt ist zwar die Verjährung

---

[2]) de jur. in litem sing. interesse §. 1. (in ejus opusc. tom. 2. p. 289.).

[3]) *L.* 71. *D. de furtis*: Ejus rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit; quia furti agere potest is, cujus interest, rem non subripi: interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est: non ejus, qui lucrum facturus esset. S. auch *L.* 18. *D. ex quibus causis maj.* *L.* 1. *D. de doli exc.* *Gabriel Catianus* de eo, quod interest, cap. 10. *Magnus* de eo, quod interest cap. 2. in fine. (Thes. Meermann tom. 3. p. 298.) *Vinn.* sel. quaest. lib. 2. cap. 37. in fine. Das Gegentheil, nämlich daß auch für Unterbrechung der Usucapion Ersatz zu leisten, lehrt v. Savigny Recht des Besitzes S. 467.

ein Mittel, sich zu bereichern, eingeführt, um Unsicherheit des Eigenthums und endlose Streitigkeiten zu verhüten; aber es ist doch so eigentlich keine Erwerbart, die mit andern Mitteln, durch Fleiß, Thätigkeit oder Freigebigkeit anderer sein Vermögen zu vermehren, verglichen werden könnte.

Nach diesen Bemerkungen, welche die Beschaffenheit des lucri angehen und bei jeder Forderung des lucri vorausgesetzt werden, wobei ich mich weiter nicht aufhalten will, entsteht die Frage, wenn das lucrum an und für sich von der Art ist, daß dafür Ersatz begehrt werden kann, welches ist nun eigentlich als entgangen anzusehen, und darf als solches in Rechnung kommen?

Daß bloß möglicher Gewinn nicht in Anschlag komme, und sogenannte Honigtopfs-Rechnungen verwerflich sind, lehren alle einstimmig, und daran wird auch Niemand zweifeln. Auch stimmen alle darin überein, daß es mit dem lucro, wofür Ersatz begehrt wird, nicht weit hergeholt seyn müsse. Es müsse vielmehr, sagen die Meisten, sicher (ein lucrum certum) seyn [4]); zum Theil wird noch wol hinzugesetzt, der Erwerb müsse schon fest begründet gewesen seyn, gleichsam schon Wurzeln geschlagen haben (radicirt seyn) [5]).

---

[4]) *Vallius* ad l. un. C. de sent. quae pro eo, quod interest prof. p. 432. tom. 1. Thes. Otton. *Charondas* ad eandem leg. lib. 1. cap. 8. p. 703. tom. 1. Thes. Otton. *Wehrn* doctr. jur. de damno §. 55. p. 365. *Voet* ad tit. Dig. de lege Aquilia §. 5. *Vinn.* sel. quaest. lib. 2. cap. 38.

[5]) I. H. *Boehmer* Comp. Dig. tit. ad leg. Aquil. §. 5. Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf u. s. w. §. 187.

Die Natur der Sache ergiebt, daß hier keine vollständige Gewißheit möglich sey. Man kann von keinem Lucro sagen, es sey certum gewesen; folglich würde nach dieser Theorie für das lucrum niemals Ersatz zu leisten seyn. Der Zusatz, es müsse schon fest begründet gewesen seyn, gleichsam schon Wurzeln geschlagen haben, giebt nicht mal einen bestimmten Sinn. Die Natur der Sache ergiebt vielmehr, wie das lucrum zu ersetzen sey, wenn es dem Beschädigten ohne die schädliche Handlung wahrscheinlich zu Theil geworden wäre. Alciati bemerkt: ratio lucri cessantis, *quod verosimiliter aliquis fecisset*, regulariter habetur [6]). Allein, ist in jedem Fall von Wahrscheinlichkeit das lucrum zu ersetzen? Ist hier nicht vielmehr ein besonders hoher Grad von Wahrscheinlichkeit erforderlich? Einige sagen, statt, das Lucrum müsse certum seyn, die Aussicht dazu müsse es seyn [7]); aber welche Hoffnung ist sicher, ist nicht vielmehr jede unsicher? v. Cramer [8]) drückt sich so aus: necesse est, ut prius constet, quod *spes lucri probabilis fuerit*, probabileque sit damnum, quod emersisse dicitur. Brunnemann lehrt: Si proxima spes fuit, tunc lucri habenda est ratio [9]).

Ehe ich mich hierüber weiter erkläre, will ich diejenigen Stellen des Römischen Rechts, die sich auf das lucrum beziehen, so weit sie mir bekannt sind, der Reihe nach durchgehen.

---

[6]) *Andr. Alciat.* de eo, quod interest nr. 97.

[7]) S. *Malblanc* Princ. jur. Rom. P. 1. §. 261. Kleinschrod über den Ersatz des durch Verbrechen gestifteten Schadens §. 17. (Abhandl. aus dem peinl. Recht 3. Theil S. 373.)

[8]) a. a. O. p 287.

[9]) *Brunnemann* ad l. 2. D. de eo, quod certo loco nr. 15.

1) Zuerst eine Stelle des Scävola, welche einen Fall enthält, der eben nicht viel beweist, aber unter allen derjenige ist, welcher am wenigsten Zweifel übrig läßt, daß dem Beschädigten durch des andern widerrechtliche Handlung wirklich gewisse Vortheile entgangen sind.

L. 35. *pr. D. de leg.* 3.

Patronus liberto statim tribum emi petierat: libertus diu moram ab herede patroni passus est, et decedens heredem reliquit clarissimum virum. Quaesitum est, an tribus aestimatio heredi ejus debeatur? Respondet, deberi. Idem quaesiit, an et commoda et principales liberalitates, quas libertus ex eadem tribu usque in diem mortis suae consecuturus fuisset, si ei ea tribus secundum voluntatem patroni sui tunc comparata esset: an vero usurae aestimationis heredi ejus debeantur? Respondi, quidquid ipse consecuturus esset, id ad heredem suum transmittere.

Es ist hier durchaus nicht von bloß möglichen Vortheilen die Rede, sondern von gewissen, die dem Legatar ohne die Saumseligkeit des Erben zu Theil geworden seyn würden. Nämlich, mit der Theilnahme an einem Tribus waren gewisse Vortheile verbunden, und es war leicht auszumitteln, wie viel dem Legatar, wäre er in den Tribus aufgenommen, von den Einkünften desselben zu Theil geworden seyn würde, und namentlich wie groß sein Antheil an den Schenkungen gewesen wäre, die etwa Princeps in der Zwischenzeit dem Tribus gemacht hatte[10].

---

[10]) S. übrigens zur Erklärung dieser Stelle *Averani* Interpret. lib. 2. cap. 19. 215. Westphal von Vermächtnissen 1. Thl. S. 214.

Indessen, wenn man es genau nehmen will, kann man selbst in diesem Fall schwerlich mit völliger Sicherheit sagen, daß dem Freigelassenen jene Vortheile wirklich zu Theil geworden seyn würden, weil man nicht wissen kann, welchen Einfluß auf das Schicksal des Freigelassenen die Aufnahme in den Tribus gehabt haben würde.

2) Wenn ausgestellte Netze beschädigt werden, kann für nicht gefangene Fische kein Ersatz begehrt werden. Dies lehrt Ulpianus und führt als Grund an, weil es ungewiß sey, ob dergleichen gefangen seyn würden.

L. 29. §. 3. *D. Ad Leg. Aquil.*

Labeo et Proculus circa retia piscatorum, in quae navis inciderat, existimarunt, si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum, sed ubi damni injuria agitur, ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit an caperentur.

Dies ist nun die Stelle, worauf sich die gewöhnliche Lehre, das Lucrum müsse certum seyn, wenn es zum Ersatz in Rechnung kommen solle, hauptsächlich stützt. Der Römische Rechtsgelehrte hat doch wahrscheinlich nichts weiter dabei gedacht, als, es ist eben so gut möglich, daß Fische, als daß keine gefangen werden.

3) Wenn Jemand durch Tödtung seines zum Erben eingesetzten Sclaven oder durch Entwendung desselben u. s. w. an der Erwerbung der Erbschaft gehindert ist, muß für die ihm entgangene Ersatz geleistet werden.

1) §. 10. *I. de lege Aquilia.*

Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit non solum peremti corporis aestimationem ha-

bendam esse, sed eo amplius quidquid praeterea, peremto eo corpore, damni nobis illatum fuerit. Veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum, ante quis occiderit, quam is jussu tuo hereditatem adierit: nam hereditatis quoque amissae rationem habendam esse.

2) *L. 23. pr. D. eod.*

Inde Neratius scribit, si servus heres institutus occisus sit, etiam hereditatis aestimationem venire.

3) *L. 3. D. de cond. furt.*

Si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in condictionem certum est, quod intersit agentis: veluti si heres sit institutus et periculum subeat dominus hereditatis perdendae. Quod et Julianus scribit. Item si mortuum hominem condicat, consecuturum ait pretium hereditatis.

4) *L. 11. D. ad exhibendum.*

Sed si hereditas amissa sit ob hoc, quod servus non exhibeatur, aequissimum est, aestimari officio judicis damnum hereditatis.

Es entsteht hiebei die Frage, ob für die entgangene Erbschaft auch dann Ersatz zu leisten, wenn der zum Erben eingesetzte Unfreie schon vor dem Testator getödtet ist. Obwol die angeführten Stellen nicht unterscheiden, so ist doch anzunehmen, es werde hier vorausgesetzt, daß er nach dem Testator getödtet sey. Dieses wird als etwas, was sich von selbst versteht, mit Stillschweigen übergangen; doch deutet die Stelle der Institutionen durch ihre Fassung darauf hin. Denn, Antreten der Erbschaft setzt deren Anfall voraus. Hin-

gegen folgende, übrigens auch hieher gehörige, Stelle beweist nichts.

L. 23. §. 2. *D. ad leg. Aquil.*

Idem Julianus scribit, si institutus fuero sub conditione, *si Stichum manumisero*, et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum: propter occisionem enim defecit conditio. Quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare: quia retrorsum, quanti plurimi fuerit, inspicitur.

Der Grund, weshalb der Erbe keine Entschädigung für die Erbschaft begehren kann, wenn der (nicht zum Erben eingesetzte, sondern vielmehr frei zu lassende) Sclave beim Leben des Testators getödtet wird, liegt darin, weil in diesem Fall der Erbe — Erbe wird; die ganze Stelle aber ist aus der Natur der Bedingungen zu erklären. Zuvörderst konnte der Erbe die Bedingung erst nach dem Tode des Erblassers erfüllen; denn um eine conditio potestativa und somit den Willen des Erblassers zu erfüllen, muß man davon wissen und muß der Erblasser gestorben seyn [11]; wenn also der Sclave zur Zeit des Todes des Testators lebt, muß der Erbe ihn frei lassen; geschieht es nicht, so entgeht ihm die Erbschaft, weil er den Willen des Erblassers nicht erfüllte: starb der Sclave vorher, so ist er nicht im Stande, den Willen des Erblassers zu erfüllen, die Erfüllung kann auch demjenigen, zu dessen Besten sie gereichen soll, nicht mehr von Nutzen seyn, und daher ist es eben so gut, als wenn er den Willen des Erblassers

[11] L. 2. et 11. D. de cond. et demonstr.

erfüllt hätte, und die Erbschaft entgeht ihm in diesem Fall nicht [12]).

Von diesem abgesehen und um zu der Hauptsache zurückzukehren, hätte der getödtete Unfreie auch natürlichen Todes sterben können, ehe er auf Befehl des Herrn die diesem angefallene Erbschaft antrat, oder — wie **Paulus** bei einer gewissen Gelegenheit bemerkt — multis causis accidere poterat, ne jussu nostro adeat [13]), und dennoch muß Ersatz dafür geleistet werden.

4) Wenn Jemand am Gebrauch seiner Sachen gehindert ist, muß Ersatz geleistet werden für den Nutzen,

---

[12]) *L.* 8. *§.* 7. *D. de condit. institut. Ulpianus.* Mortuo vel manumisso Sticho, vivo testatore, qui ita heres institutus est, *si jurasset, se Stichum manumissurum,* non videbitur defectus conditione heres: quamvis verum sit, compellendum eum manumittere, si viveret. Idem est si ita heres institutus esset quis, Titius heres esto, ita, ut Stichum manumittat: aut, Titio centum ita lego, ut Stichum manumittat. Nam mortuo Sticho nemo dicet summovendum eum; non videtur enim defectus conditione, si parere conditioni non possit; implenda est enim voluntas, si potest. — *L.* 54. *§.* 2. *de leg.* 1. *Pomponius.* Sed et si servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisisses; nihilo minus debetur tibi legatum, quia per te non stetit, quominus perveniat ad libertatem. — *L.* 92. *§.* 1. *D. de leg.* 1. *Julianus.* Si Titio pecunia legata fuerit et ejus fidei commissum, ut alienum servum manumitteret, nec dominus eum vendere velit: nihilo minus legatum capiet, quia per eum non stat, quominus fideicommissum praestet. Nam et si mortuus fuisset servus a legato non summoveretur. — Also, wenn Jemand unter der Bedingung, daß er den Sclaven frei lasse, zum Erben eingesetzt ist, und der Sclave stirbt nach dem Testator, entgeht ihm die **Erbschaft**; wenn Jemanden aber unter eben dieser Bedingung etwas vermacht ist und eben dies sich ereignet, das **Vermächtniß** entgeht ihm — **nicht**! —

[13]) *L.* 63. *pr. D. ad leg. Falc.*

den er durch eigenen Gebrauch oder durch Vermiethen davon hätte ziehen können.

L. 19. D. de usur.

Praeterea Gallus Aelius putat, si vestimenta aut scyphus petitæ sint, in fructu haec numeranda esse quod locata ea re, mercedis nomine capi potuerit.

Wiewol es auch möglich gewesen wäre, daß er keinen gezogen hätte [14]).

5) Wenn ein freier Mensch verwundet oder beschädigt und dadurch zur Arbeit unfähig oder weniger tauglich geworden ist, muß Ersatz geleistet werden für das, was er hätte erwerben oder mehr erwerben können — vielleicht aber auch nicht erworben haben würde, wenn er gesund geblieben wäre.

1) *L. 3. D. si quadrupes paup. fec. dic.*

Ex hac lege jam non dubitatur, etiam liberarum personarum nomine agi posse: forte si patremfamilias aut filiumfamilias vulneraverit quadrupes: scilicet, ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat: sed impensarum in curationem factarum; et operarum amissarum, quasque amissurus quis esset, inutilis factus.

2) *L. ult. D. de his, qui dejec.*

Cum liberi hominis corpus — laesum fuerit, judex computat mercedes medicis praestitas caeteraque impendia, quae in curatione facta sunt: praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est, ob id, quod inutilis factus est.

---

[14]) Ein hierher gehöriges Beispiel bei Leyser (spec. 594. med. 5.).

3) *L. 7. D. ad leg. Aquil.*

Qua actione (legis Aquiliae) patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus: et impendia, quae pro ejus curatione fecerit.

Es ist bloß wahrscheinlich, daß dem Beschädigten dieser Erwerb in Folge der Beschädigung entgangen ist, weil kein hinlänglicher Grund vorhanden ist, das Gegentheil anzunehmen.

Hiernach scheint es zur Begründung der Forderung des lucri keinesweges nöthig zu seyn, daß dieses gewiß gewesen. Es scheint vielmehr genug zu seyn, daß in einem hohen Grade wahrscheinlich ist, daß dem Beschädigten dieser Gewinn zu Theil geworden seyn würde, und daß er ihm in Folge der widerrechtlichen Handlung des andern — und nicht etwa aus sonstigen Gründen, entgangen sey.

Die Gesetze wollen, daß dem Beschädigten die ganze Summe des Verlustes, den des andern widerrechtliche Handlung ihm verursacht hat, vergütet werde; nicht bloß, was er von seinem bereits erworbenen Vermögen eingebüßt hat, sondern auch das lucrum interceptum, oder alles, was er hätte erwerben können, wie es an einigen, oder vielmehr, was er erworben haben würde, wie es an andern Stellen heißt. Sie rechnen dieses mit zum Schaden und die Vergütung dafür mit zur Entschädigung [15]). Es ist aber nicht möglich, daß jemals mit völliger Sicherheit ausgemittelt werden könne, daß der Erwerb dem Beschädigten in Folge der schädlichen

---

[15]) L. 33. D. ad leg. Aquil. L. 13. pr. D. rem ratam haberi. L. 1. §. 41. D. de vi. L. 33. D. Locati.

Handlung entgangen sey; es ist immer möglich, daß er ihm auch außerdem nicht zu Theil geworden oder entgangen wäre; und unter diesem Vorwande könnte schlechterdings jede Schadensforderung, so weit sie das lucrum betrifft, zu Wasser gemacht werden. Die Beispiele, welche in den Gesetzen vorkommen, worin die Forderung des lucri für gültig anerkannt wird, sind ebenfalls von der Art, daß sie die Möglichkeit zulassen, daß der Erwerb, wofür Ersatz begehrt wird, dem Beschädigten auch nicht zu Theil geworden wäre. Alle diese Umstände berechtigen uns, anzunehmen, daß hier keine absolute Gewißheit, welche die Möglichkeit des Gegentheils ausschließt, erforderlich, sondern ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit hinlänglich sey, als womit man sich, wie ich gleich Anfangs bemerkt habe, überhaupt bei Gericht und vollends in dieser Sphäre begnügen muß. Wahrscheinlich ist der Erwerb schon genugsam, wenn sich erst diese oder jene außerordentliche Begebenheit hätte ereignen müssen, um ihn zu hintertreiben, z. B. daß der eingesetzte Erbe grade binnen einem bestimmten Zeitraum und vor Antretung der Erbschaft natürlichen Todes gestorben oder, daß der Beschädigte durch einen Unglücksfall oder frühen Tod zur Arbeit unfähig geworden wäre. Selbst der positive Schade, um es nebenher zu bemerken, ist bisweilen von der Art, daß man im Grunde weiter nichts sagen kann, als, der Beschädigte würde ihn ohne die widerrechtliche Handlung des andern wahrscheinlich nicht gehabt haben, indem es sehr wohl möglich ist, daß er ihn auch außerdem erlitten hätte, und dennoch muß dafür Ersatz geleistet werden [16].

---

[16]) L. 61. §. 5. D. de furtis. L. 13. §. 2. D. de act. emti.

Hingegen findet kein Ersatz Statt, wenn es mit der Forderung des zu machenden Gewinns weit hergeholt oder die Aussicht zum Erwerb entfernt war [17]. Von der Art ist namentlich die Aussicht auf eine noch nicht angefallene Erbschaft. Kleinschrod lehrt: Wenn der eingesetzte Erbe beim Leben des Testators getödtet wird, so können die Erben für die Erbschaft, die ihrem Erblasser entgangen ist, keine Vergütung begehren. Als Grund führt er an, der Testator habe seinen Willen ändern können. An dem Satz selbst zweifle ich keinen Augenblick; wol aber, ob dieser Grund der wahre sey. Denn, die Willensänderung gehört zu den außerordentlichen und nicht zu vermuthenden Ereignissen. Und wie, wenn jene bloße Möglichkeit (der Willensänderung) durch den Ausgang widerlegt wird, wenn der Testator, von dem Todesfall nicht unterrichtet, gestorben wäre, ohne seinen Willen zu ändern? Also scheint der wahre Grund hierin nicht — wenigstens nicht allein — wol aber darin zu liegen: Um Jemanden beerben zu können, muß man ihn vor allen Dingen erst überleben, und so lange der Testator noch am Leben ist, kann es eben so gut geschehen, daß der Erbe vor dem Testator, als, daß der Testator vor dem Erben stirbt. Die eine Möglichkeit hält hier gleichsam der andern die Waage. Selbst die Wahrscheinlichkeit für die größere Lebensdauer des ein-

---

[17]) Gerade solche weit hergeholte Schadensrechnungen scheinen es zu seyn, welche Justinian in der L. un. C. de sent. quae pro eo, quod interest, proferuntur verwirft. S. auch *Cujacius* Paratitla in Cod. h. t. verbis: Nec judex aliud spectat. *Wehrn* Doctr. de damno §. 56. nota 10. *Charondas* Verisim. cap. 8. (Thes. Otton. tom. 1. p. 703.)

eingesetzten Erben, wie sie sich etwa in einzelnen Fällen aus größerer Jugend und Lebenskraft des eingesetzten Erben ergiebt, kann als zu schwach hier nicht in Betrachtung kommen. Es bleibt doch immer zweifelhaft, ob dem Erben die Erbschaft zu Theil geworden, nein, ob sie ihm auch nur angefallen seyn würde. Wer dennoch die aufgeworfene Frage bejahen wollte, der würde auch annehmen müssen, daß für eine Erbschaft, die Jemandem ohne Testament angefallen wäre, hätte er den andern überlebt, — für einen Nachlaß also, zu dessen Erben ihn das Gesetz selbst eingesetzt hatte, den Erben des Getödteten Vergütung geleistet werden müsse. — Ein ganz anderer Fall ist, wenn Jemand auf unerlaubte Art Jemanden abhält, einen andern durch Erbschaft oder Vermächtniß zu bedenken, was er außerdem gethan haben würde. Hier kann derjenige, dem die Erbschaft oder das Vermächtniß entgangen ist, ohne Zweifel Entschädigung für seinen Verlust begehren [18].

Ich komme noch einmal auf die Verjährung zurück, wovon bereits bemerkt ist, daß ein entgangener Erwerb

---

[18]) In den Titeln der Π. und des C., wo Gelegenheit war, hiervon zu reden (siquis aliquem testari prohibuerit aut coëgerit) kommt ausdrücklich nichts davon vor. Die Rechtsgelehrten pflegen aber diesen Satz aus L. 1. C. si quis aliquem testari prohibuerit aut coëgerit herzuleiten. S. *Voet* ad hunc tit. Dig. §. 2. v. *Eck* Princ. h. t. §. 5. Die Stelle redet zwar nur von dem zweiten Fall, da Jemand gezwungen ward, einen andern zum Erben einzusetzen, als den er wollte; indessen muß in dem zweiten, nur gerade nicht vorgekommenen Fall aus demselben Grunde dasselbe gelten: auch bedarf der Satz nicht einer besondern gesetzlichen Bestätigung, da er schon aus allgemeinen Grundsätzen sich ergibt.

dieser Art nicht in Rechnung gebracht werden könne. Ganz abgesehen von der besonderen Ansicht des Römischen Rechts und auf allgemeine Grundsätze gesehen, lassen sich, denke ich, noch andere und vielleicht noch bessere Gründe dafür anführen. Bei der Verjährung war der Besitzer zwar in der Lage, die Sache erwerben zu können und die Aussicht darauf wuchs mit jedem Augenblicke, da er sich dem Ende der zur Verjährung erforderlichen Zeit mehr näherte. Indessen bleibt es doch immer ungewiß, ob die Verjährung vollendet seyn würde, und es spricht wenigstens im Allgemeinen kein an Gewißheit gränzender Grad von Wahrscheinlichkeit dafür. Die Vollendung der Verjährung setzt voraus, daß der Eigenthümer fortwährend unthätig und nachlässig bleibt; regt er sich, so wird die Verjährung aufgehoben; und diese Thätigkeit des Eigenthümers, der sich um das Seinige bekümmert, kann für nichts Außerordentliches und Unwahrscheinliches gehalten werden. Hingegen würde der Umstand, daß auch dritte den Besitz und die Verjährung hätten stören, der Besitzer die Sache hätte verlieren können u. s. w., nicht in Betrachtung kommen; denn das sind bloß mögliche und außerordentliche Fälle.

Es ist noch übrig, einer Aeußerung des Paulus zu gedenken, die den Auslegern viel zu schaffen gemacht und die Rechtswissenschaft mit einer unnützen Terminologie, woran sie ohnehin keinen Mangel leidet, bereichert hat.

L. 21. §. 3. D. de act. emt.

Cum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae

modo circa ipsam rem consistit. Neque enim si potuit ex vino negotiari et lucrum facere, id aestimandum est: non magis, quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit. Nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur [19]). Nec major fit obligatio, quod tardius agitur: quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit. Merito: quia sive datum esset, haberem emtor, sive non: quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit.

Die Stelle, so weit sie hierher gehört, redet nicht vom Gewinn, den der Käufer gemacht haben würde, sondern den er möglicher Weise machen konnte. Wiederverkaufen kann man jede Waare; verkauft man sie deshalb wieder, und, was hier die Hauptsache ist, verkauft man sie mit Vortheil wieder? Und gesetzt, der Käufer triebe Handel mit Wein, würde er gerade diesen Wein wiederverkauft haben? Also nicht der durch Wiederverkauf mögliche Gewinn kommt in Betrachtung, sondern nur der entgangene wirkliche. Kein Käufer kann sagen, ich hätte die Waare mit Vortheil wiederverkaufen können und verlange Ersatz dafür; es folgt daraus nicht, daß er von der Gelegenheit Gebrauch gemacht haben würde. Es ist doch ein großer Unterschied, ob man sagt, ich hätte nach aller Wahrscheinlichkeit diesen Gewinn machen können, oder, ob man

---

[19]) Daß für die verhungerten Sclaven kein Ersatz geleistet werden soll, kann nur gerechtfertigt werden, wenn man annimmt, daß der Käufer auf andere Art im Stande gewesen, für ihre Ernährung zu sorgen. Unter dieser Voraussetzung hat Paulus sich aber unrichtig ausgedrückt.

sagt, ich würde ihn nach aller Wahrscheinlichkeit gemacht haben, und er ist mir durch die widerrechtliche Handlung des andern entgangen, da er mir außerdem zu Theil geworden wäre. Nur das Letztere kann in Betrachtung kommen, und muß dann auch nicht bloß gesagt, sondern bewiesen werden. Es ist möglich, daß Paulus an etwas Anderes gedacht hat, als an bloß möglichen Gewinn; aber geredet hat er wenigstens von nichts anderem. Gesetzt der Käufer hätte diesen Wein vor der Ablieferung schon wiederverkauft und zwar mit Vortheil, so sehe ich nicht, wie der Verkäufer von der Verbindlichkeit, den Unterschied zu vergüten, frei kommen könnte.

Daß ein Verkäufer, welcher die durch den Handel übernommenen Pflichten nicht erfüllt, id, quod interest, folglich auch das lucrum interceptum zu vergüten verpflichtet ist, ist bekannt und hier nur zu erwähnen, um die Bemerkung daran zu knüpfen, daß diese Pflicht nicht wechselseitig sey, also nicht, gleichwie dem Verkäufer, dieselbe Pflicht auch dem Käufer obliege, als welcher vielmehr, wenn er das Kaufgeld zur rechten Zeit nicht entrichtet, kein id, quod interest, und kein lucrum cessans zu ersetzen hat, wol aber Zinsen, welche bei Geldschulden die Stelle *ejus, quod interest*, vertreten. Es beweiset dies folgende Stelle des Hermogenian.

L. 19. D. de per. et com. rei vend.

Venditori, si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit: non omne omnino, quod venditor, mora non facta, consequi potuit: veluti

si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris quaerere potuit [20]).

Anders ist es jedoch, wenn Jemand an einem bestimmten Ort Zahlung zu leisten versprochen hat, und dem Gläubiger daran gelegen war, daß die Zahlung gerade an diesem Orte erfolgte.

L. 2. §. 8. D. de eo, quod certo loco.

Nunc de officio judicis hujus actionis loquendum est utrum quantitati contractus debeat servire, an vel excedere vel minuere quantitatem: ut si interfuisset rei, Ephesi [21]) potius solvere, quam eo loci, quo convenie-

[20]) Gegen diesen Satz sieht Alciati es als eine Art von Compensation oder Mittel, die Gleichheit wieder herzustellen, an, daß auch der Verkäufer, wenn er die Waare zur rechten Zeit nicht abliefert, dem Käufer das Lucrum cessans nicht zu vergüten brauche. Beides aber ist ihm Ausnahme von der Regel. (*Alciati* tr. de eo, quod interest.) Westphal (vom Kauf §. 558.) erklärt die Stelle des Hermogenian von bloß möglichen Vortheilen, die der Verkäufer sich hätte machen können, und derentwegen er keine Vergütung fordern könne. Richtig hat den Sinn der Stelle nach meinem Urtheil aufgefaßt Gerhard Noodt (de foenore et usuris lib. 2. cap. 6.), welcher auch das, was Hermogenian vom Kaufgelde lehrt, mit Recht auf jede Geldschuld ausdehnt. (Und eben daher ist die Meinung des Alciati verwerflich.) S. auch *Malblanc* Princ. jur. Rom. P. 1. §. 260. Andre Grundsätze stellen bekanntlich die deutschen Reichsgesetze auf, indem, nach ihnen, wer Geld zu fordern hat, nicht nöthig hat, sich mit Verzugszinsen zu begnügen; sondern er darf ein höheres Interesse, namentlich lucri cessantis, nachweisen, und wenn ihm dieser Beweis mißlungen ist, auf die Zinsen zurückkommen. R. A. v. 1600. §. 139.

[21]) Ephesus, einst ein blühender, großer Ort, eine der Hauptstädte Asiens, der Sitz

bátur, ratio ejus haberetur? Julianus Labeonis opinionem secutus, etiam actoris habuit rationem: cujus interdum potuit interesse, Ephesi recipere. Quid enim si trajectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam, vel sub pignoribus: et distracta pignora sunt, vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur, et res stipulatoris vilissimo distracta est? in hanc arbitrariam, quod interfuit, veniet: et quid ultra legitimum modum usurarum. Quid, si merces solebat comparare? et an et lucri ratio habeatur, an solius damni? Puto et lucri habendam rationem.

Die Stelle hat geringe oder vielmehr gar keine Schwierigkeit, und die Ausleger haben dem Ulpian viel zu viel Ehre angethan, daß sie auf die Erklärung dieser hingeworfenen, nicht gehörig geordneten und wol auch nicht gehörig durchdachten Aeußerung so viel Mühe verwandt haben. Wir sehen daraus, was bei der con-

---

eines Römischen Proconsuls (L. 4. D. de off. procons.) und nach Strabo der größte Marktplatz Asiens — kömmt nicht nur in dem Titel der *H.* de eo, quod certo loco, häufig, sondern auch an mehreren andern Stellen als der bestimmte Zahlungsort vor. (L. 137. §. 2 et 4. D. de Verb. Obl. L. 24. de oper. libert. L. 19. D. de condit. et demonstr.) Woraus denn wiederum hervorgeht, wie wichtig es als Handelsort gewesen. An der Stätte, wo sonst das, wahrscheinlich von Tamerlan, zerstörte Ephesus stand, steht jetzt Ajasaluk, ein elendes, verfallenes Dorf. Wer mehr von Ephesus wissen will, nach seinem ehemaligen und heutigen Zustande, lese, was Plutarch im Leben des Lysander davon erzählt (Plut. opera ed. Hutten. Vol. 3. p. 135.) imgl. *Strabo* XIV. p. 950. *Smith* septem Asiae eccles. not. p. 44. *Cellar.* Not. orbis antiqui tom. 2. p. 80. Mannert Geographie der Griechen und Römer 6. Thl. 3. Heft, S. 309.

dictio de eo, quod certo loco des Richters ist; der Kläger, dem die schuldige Geldsumme nicht zur rechten Zeit am bestimmten Ort entrichtet wird, hat gegen die sonstige, durch diese Ausnahme bestärkte Regel nicht nöthig, sich mit den Zinsen zu begnügen, sondern bei dieser Klage, als einer actio arbitraria, spricht der Richter ihm überhaupt Id quod interest zu. Dazu gehört nun, wie es ja die Regel mit sich bringt und Ulpian ausdrücklich hinzusetzt, auch in diesem Fall das Lucrum mit. Weiter enthält die Stelle hieher Gehöriges eigentlich nichts. Worin das entgangene Lucrum bestehe, darüber hat Ulpian sich nicht erklärt, und wir können wol seine Gedanken fortsetzen, aber ihm keine bestimmte Meinung unterlegen. Ulpian hat indessen zuvor des möglichen Falls erwähnt: Wie wenn der Kläger darauf gerechnet hätte, das Geld in Ephesus zu empfangen, weil er die Absicht hatte, es, seiner Gewohnheit nach, im Waarenankauf anzulegen, und der Schuldner also auch gewußt hat, daß er darauf rechne, wäre es nun nicht billig, daß er dafür entschädigt würde? (Dies nur eine gewöhnliche Form, durch eine bloße Frage etwas zu bejahen.) Von einem positiven Schaden kann hier die Rede nicht seyn, sondern nur von Gewinn, und so können wir nun, auf Veranlassung dieser Aeußerung des Ulpian, die Frage aufwerfen, worin dieser Gewinn, wofür Entschädigung zu leisten, wol bestehen könne? Einmal darin, daß die Waaren, zu deren Ankauf das Geld bestimmt war, in Ephesus vielleicht wohlfeiler zu haben waren, als an dem Ort, wo geklagt ward. Der Vortheil, den der Kläger sich hätte machen können, ist in solchem Fall weder unsicher, noch schwer auszumitteln;

die Größe der zum Waarenankauf bestimmten Summe kennt man, und nach der Verschiedenheit der Preise an beiden Orten darf man sich nur erkundigen. Zweitens kann die Frage entstehen, ob nicht auch der durch Wiederverkauf der Waaren zu machende Gewinn zu ersetzen sey. Im Allgemeinen gewiß nicht, weil dieser Gewinn bloß möglich ist. Wie aber, wenn der Kläger ein Kaufmann war, welcher von dem Gewinn seinen Lebensunterhalt zieht? Wenn dieser durch die unterbliebene Zahlung seinen Waareneinkauf nicht machen konnte; Sollte es hier nicht im Geiste des Römischen Rechts seyn, daß wenigstens bei einer solchen actio arbitraria Rücksicht darauf zu nehmen, daß er an seiner Gewerbsthätigkeit durch die Schuld des andern behindert worden, vorausgesetzt, daß er auf keine andre Art im Stande war, den Mangel des ausgebliebenen Geldes zur gelegenen Zeit zu ersetzen? Ich getraue mir nicht, diese Frage zu verneinen [22]. Zwar ist es möglich, daß ein Kaufmann eingekaufte Waaren nicht wieder abgesetzt oder keinen Gewinn darauf gehabt haben würde; aber dies gehört doch zu den ungewöhnlichen Ereignissen. Daß sogar für etwas völlig Ungewisses nach Umständen Ersatz begehrt werden könne, lehrt L. 12. D. de act. emt. Was kann ungewisser seyn, als der Ertrag eines Fischzugs. Dennoch muß dafür Ersatz ge-

---

[22]) Vinnius (sel. quaest. lib. 2. cap. 38. in fine) bemerkt: In lucro autem personae conditio et consuetudo spectanda est, ut videri possit, ad eam spem et cogitationem voluisse loci adjectionem referre. Finge, *mercatorem esse*, qui merces eo loco comparare et negotiari solitus sit, recte nempe hic, si lucrum factum non est, quaeretur, an acquiri potuerit, idque conjecturis exquirendum est.

leistet werden, wenn der Fischer ihn verkauft hat, eine emtio spei darüber eingegangen ist, und er hernach sich weigert, sein Netz auszuwerfen. Si jactum retis emero, heißt es an der angeführten Stelle, et jactare retem piscator noluit, incertum ejus rei aestimandum est [23]).

Ich wiederhole nur noch, daß Ulpian selbst sich über den Schaden oder Gewinn, wofür in dem angenommenen Fall Ersatz zu leisten, nicht erklärt; man sieht weder, daß der durch Verschiedenheit der Preise etwa entgangene Vortheil gemeint sey, obgleich es gleich hinterher in der folgenden L. 3. D. de eo, quod certo loco heißt: Ideo in arbitrio judicis refertur haec actio, quia scimus quam varia sint pretia rerum per singulas civitates etc.; noch deutet er an, daß er den durch Wiederverkauf der Waaren zu machenden Gewinn im Sinn habe.

Doch genug von dieser Materie. Ich begnüge mich, das Ergebniß dieser Untersuchung in der Hauptsache kurz zusammen zu fassen.

Das lucrum ist nicht zu ersetzen, wenn es ungerecht oder bloß möglich, es damit weit aussehend war. Es kommt daher nicht in Betrachtung der Gewinn, der von dem Gewinn, die Vortheile, die von den Vortheilen hätten bezogen werden können. Solche Rech-

---

[23]) Bei Bestimmung der Größe der Entschädigung muß der Richter auf die Umstände und besonders darauf, wie viel gewöhnlich gefangen wird, Rücksicht nehmen. *Molinaeus* de eo, quod interest nr. 81. seq. *Vinn.* sel. quaest. lib. 2. cap. 38. *Cabot.* disput. L. 2. cap. 24. *Müller* ad Struv. Ex. 23. l. 18. tit. 1. §. 26. not. η. Eine andre Berechnungsart bei *Cramer* de emt. spei §. 24. (in opusc. tom. 2. p. 390.)

nungen, wobei immer ein bloß möglicher Gewinn einen andern noch größern, ebenfalls bloß möglichen, erzeugt, wie sie der Bauer machte, als er seinen Honigtopf, Lieschen, als sie ihren Milchtopf, oder Gretchen, als sie ihre Eier zu Markte trug, werden schon von den Dichtern und in den Volksmährchen verspottet, und finden bei Gericht kein Gehör. Hingegen ist das Lucrum zu vergüten, wenn es in einem hohen Grade wahrscheinlich, die Aussicht dazu so nahe war, daß außerordentliche Ereignisse sich hätten begeben müssen, sie zu vereiteln. Denn, so wie auf der einen Seite die bloße Möglichkeit nicht in Betrachtung zu ziehen ist, daß Jemandem ein gewisser Gewinn zu Theil vielleicht geworden wäre; also kann auf der andern Seite auch die Möglichkeit nicht in Betrachtung kommen, daß er ihm vielleicht entgangen seyn möchte. Daß der Gewinn bereits, wie man spricht, radicirt gewesen seyn müsse, ist eben nicht von Nöthen und ergeben die Gesetze nicht. Zwar kann ein Gewinn nicht in Betrachtung kommen, den Jemand bloß in der Lage war zu machen, oder worin die Umstände glaublich machen, daß er ihn hätte erwerben können. Wol aber ist ein Gewinn oder Erwerb zu vergüten, den Jemand erworben haben würde, d. h. wovon anzunehmen ist, daß er ihm in Folge der widerrechtlichen Handlung entgangen sey, indem er ihm außerdem und ohne das Eintreten außerordentlicher, nicht in Anschlag zu bringender Ereignisse zu Theil geworden seyn würde. Kurz nur das Lucrum interceptum ist zu vergüten d. h. der in Folge der widerrechtlichen Handlung des andern nach Wahrscheinlichkeit dem Beschädigten wirklich entgangene Erwerb.

Von dem Gewinn ist übrigens, wie sich von selbst versteht, der Kostenaufwand abzuziehen, welcher, um den Gewinn zu machen, nöthig gewesen seyn würde[24]. Nur was, nach Abzug der Kosten, übrig bleibt, kann als der wahre Gewinn zum Ersatz in Rechnung kommen. Bei der Berechnung dieses Kostenaufwandes wird abermals die Logica probabilium zu Hülfe zu nehmen seyn.

II.

Vom Beweise des Schadens.

Wenn vom Beweise des Schadens die Rede ist, pflegt man sich hauptsächlich auf zwei Schriftsteller zu berufen, die bei einem gesunden Urtheil, in Gesetzen und gerichtlichen Dingen wol bewandert, häufig bewährt erfunden sind, als oracula juris bei Gericht gelten, ihr wolbegründetes Ansehen so leicht nicht verlieren werden, zu denen man, ihre Aussprüche zu vernehmen, um sie zu befolgen, wie ich vermuthe, immer zurückzukehren, geneigt seyn wird. Ich rede von Mevius und Leyser.

Jener lehrt[1], sobald ausgemacht sey, daß ein Schade geschehen, müsse man sich, was die Größe desselben betrifft, bei dem Eide des Schwörenden beruhigen.

---

[24]) *Brunnemann* ad legem 2. D. de eo, quod certo loco nr. 17. *Wehrn* doctr. de damno §. 55.

[1]) P. 5. dec. 47.

Zuvörderst müsse jedoch der Gegner über die Schadensforderung gehört und sie geprüft werden; und nur, wenn der Richter sie glaublich finde, könne der Beschädigte, nach allgemeinen vom Eide geltenden Grundsätzen, zum Eide gelangen. An einem andern Ort [2]) setzt er hinzu, der Schade müsse bewiesen werden; aber in Ansehung des Quanti sey es genug, daß der Gegner nichts Erhebliches einzuwenden habe, noch aus den Acten etwas dagegen spreche, und der Beschädigte seine Angaben beschwöre, besonders wenn es an andern Beweismitteln fehle. — Von ganz andern Grundsätzen geht Leyser aus. Nach ihm setzt der Richter das Quantum der Entschädigung fest; er bestimmt es ex aequo et bono. Einer Eidesleistung bedarf es nicht. Vor Justinian sey nach Römischem Recht Beweis der Größe des Schadens erforderlich gewesen; allein Justinian habe dies geändert, weil er in der L. un. C. de sent., quae pro eo, quod interest, proferuntur, die Richter angewiesen habe, dem Beschädigten ohne alle Weitläuftigkeit zu seiner Befriedigung zu verhelfen [3]). Es gelte dies namentlich auch vom lucro [4]). — Beide stimmen darin überein, daß es genug sey, zu beweisen, daß überhaupt ein Schade geschehen sey, und daß es in Ansehung der Größe desselben keines Beweises bedarf. —

Man kann freilich den Schaden selbst und die Größe desselben unterscheiden, obgleich die Gesetze Beides nicht unterscheiden, sondern bloß vom Ersatz und Beweise desjenigen reden, *quod* oder *quanti* cujusque interest

---

[2]) P. 6. dec. 372.

[3]) *Leyser* sp. 250. med. 5.

[4]) *Leyser* sp. 594. med. 6. S. auch sp. 146. med. 5. seq.

und unter diesem Ausdruck Beides zusammenfassen, wie denn auch das Eine das Andre in sich schließt. Und will man noch genauer zu Werke gehen, kann man gar dreierlei von einander absondern. Einmal den Umstand, daß überhaupt durch die widerrechtliche Handlung des andern ein Schade geschehen sey; zweitens die einzelnen nachtheiligen Folgen, die aus der widerrechtlichen Handlung für den Beschädigten entsprungen sind; denn gewöhnlich ist die Schadensrechnung von zusammengesetzter Art; drittens die Größe des Schadens. Das Zweite kann man auch dem Ersten unterordnen.

Was nun den Beweis betrifft, so kommt es zuvörderst darauf an, ob der Beschädigte sich in dem Fall befindet, zum juramento in litem gelangen zu können.

Ueber die eigentliche Natur dieses Eides herrscht große Dunkelheit und daher unter den Rechtsgelehrten große Verschiedenheit der Meinungen. Weit entfernt, die Sache ergründen oder gar erschöpfen zu wollen, begnüge ich mich, mehr nur im Vorbeigehen meine Meinung darüber zu sagen.

Juramentum in litem oder eidliche Schätzung des Streitgegenstandes durch den Kläger setzt bekanntlich voraus, daß der Gegner des Schwörenden sich eines *dolus* (dem nach allgemeinen Grundsätzen culpa lata an die Seite gesetzt wird) oder einer contumacia schuldig gemacht hat [5]). Hauptsächlich scheint der Eid die Bestimmung des Werths der Sache zum Gegenstande zu haben, besonders bei den actionibus in rem, imgleichen bei der vorbereitenden ad exhibendum, wenn der

---

[5]) L. 5. §. 3. D. L. 2. C. | de in litem jur.

Beklagte dem Kläger die Sache, zu deren Herausgabe oder Exhibition er verurtheilt ist, nicht herausgiebt und dem richterlichen Befehl beharrlich ungehorsam ist [6]), oder wenn der Beklagte sich vorsätzlich des Besitzes entäußert hat, um die Ansprache des Klägers zu vereiteln [7]). Er findet indessen auch Statt bei den persönlichen Klagen, namentlich ob contumaciam [8]); doch nach reinem Römischen Recht nicht bei den actionibus bonae fidei, sondern nur bei den actionibus stricti juris, es sey denn in subsidium [9]).

Durch den Beklagten und dessen bösen Vorsatz genöthigt, seine Sache zu entbehren, und sie ihm gleichsam zu verkaufen und als Verkäufer berechtigt, den Preis seiner Waare zu bestimmen, steht es dem Kläger zu, den Werth derselben durch litis aestimatio selbst zu schätzen, was als Entschädigung für ihn und zugleich als Strafe für den Beklagten und dessen dolus und contumacia angesehen wird [10]). Er darf den Preis, welchen die Sache für ihn gehabt hat, bestimmen, zwar nicht willkührlich, sondern eidlich, kann über den wirklichen oder gemeinen Werth der Sache hinausgehen [11]) und in infinitum schwören, d. h. ohne an andre Schranken gebunden zu seyn, als diejenigen seines Bewußtseyns.

Damit aber dieses jurare in infinitum nicht gemißbraucht werde, ist es dem Richter erlaubt, ein Maxi-

---

[6]) L. 1. L. 2. L. 5. pr. D. de in litem jur.

[7]) L. 68. D. de rei vind. L. 25. §. 10. D. de her. pet. L. 5. §. 2. D. ad exh. L. 16. §. 3. D. de pign. et hyp.

[8]) L. 8. D. ad legem Aquiliam.

[9]) L. 5. pr. et §. 4. D. de in litem jur.

[10]) L. 8. D. de in litem jur.

[11]) L. 1. D. de in litem jur.

mum zu bestimmen, was der Schwörende nicht überschreiten darf; ja, selbst nachdem der Eid schon geschworen ist, steht es in seiner Macht, nach Verschiedenheit der Umstände, den Eid entweder ganz bei Seite zu setzen oder das beschworne Quantum wenigstens zu vermindern, das Letztere beide jedoch nur aus wichtigen Gründen oder neu aufgefundenen Beweisen [12]).

Dies ist wenigstens dem Titel der *II* de in litem jur. gemäß; allein, nach dem, was Ulpian im Titel de rei vind. (L. 68. de rei vind.) [13]) lehrt, findet (gegen den contumax richterlicher Zwang und) gegen denjenigen, qui dolo desiit possidere, das juramentum in litem *sine ulla taxatione* in infinitum Statt. Also nach der Art, wie Ulpian im Titel der *II* de in litem jur. die Sache darstellt, kann der Richter der

---

[12]) *L. 4. §. 2. D. de in litem jur.* Jurare autem in infinitum licet. Sed an judex jurijurando modum statuere possit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occasione in immensum juretur, quaero? Et quidem in arbitrio esse judicis, deferre jusjurandum, necne, constat. An igitur, qui possit jusjurandum non deferre, idem possit et taxationem jurijurando adjicere, quaeritur? Arbitrio tamen bonae fidei judicis etiam hoc congruit. L. 4. §. 3. L. 5. §. 1 et 2. D. eod.

[13]) Qui restituere jussus, judici non paret, contendens non posse restituere: si quidem habeat rem, manu militari, officio judicis ab eo possessio transfertur: et fructuum duntaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere: si quidem dolo fecit, quo minus possit, is quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam (quanti) res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis (est et ad omnia) sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet.

Größe der Vergütung Maaß und Ziel setzen und nach dem, was derselbe Ulpian im Titel der *II* de rei vind. lehrt, findet keine Ermäßigung Statt; und damit man nicht etwa glaube, es beschränke sich mit dieser Verneinung auf die Reivindicatio, setzt Ulpian ausdrücklich hinzu, es gelte bei allen Klagen ohne Unterschied. Die verschiedenen, zum Theil gewaltsamen Versuche der Rechtsgelehrten, diese Stellen zu vereinigen, die mir sehr wenig befriedigend zu seyn scheinen, übergehe ich, um einen neuen Vorschlag zur Güte zu machen. Ich denke, die Vereinigung ist diese: Das jurare sine ulla taxatione in infinitum ist das strenge Recht, und davon handelt Ulpian in der L. 68. D. de rei vind. Hingegen das Maaß- und Zielsetzen von Seiten des Richters oder die taxatio judicis ist richterliche Billigkeit, welche aber doch nicht bloß bei den judiciis bonae fidei sich wirksam beweist. Von dieser richterlichen, das strenge Recht mildernden Billigkeit ist L. 4. §. 2. D. de in litem jur. zu verstehen. Man vergleiche nur beide Stellen sorgfältig mit einander und sehe besonders die Schlußworte der L. 4. §. 2. de in litem jur. an, um sich von der Richtigkeit dieser Ansicht zu überzeugen.

Dem Richter gebührt es auch, zu beurtheilen und zu bestimmen, ob der Eid überhaupt zu leisten sey. Seine Sache ist es, dem Kläger den Eid zuzuerkennen oder zuzuschieben; er kann ihn aber dem Kläger auch nicht zuschieben [14]); so daß also schon in dieser Hinsicht das arbitrium judicis nicht ausgeschlossen ist. Worauf aber das

---

[14]) L. 4. §. 1. D. h. t.

das arbitrium judicis sich hier beziehe, ist nirgends gesagt. Ich denke darauf, ob wol der Kläger überhaupt im Stande sey, einen solchen Eid zu leisten. L. 15. §. 9. D. quod vi aut clam bringt mich auf diesen Gedanken.

Wenn nun das juramentum in litem hauptsächlich Statt findet zur Bestimmung des Werthes der Sache, so scheint es doch, daß auch in Fällen eigentlicher Entschädigung, und wenn überhaupt id, quod interest, zu ersetzen ist, dem Beschädigten erlaubt sey, in litem zu schwören und die Größe seines Verlustes, den von ihm erlittenen Nachtheil, nach seinem ganzen Umfange und die dafür zu leistende Vergütung mittelst Eides zu schätzen [15]. Gabriel Catianus [16] macht die Bemerkung, daß auch, wenn vom Schadensersatz die Rede sey, der Richter die Macht habe, die Summe der Entschädigung zu mäßigen, und ich will ihm nicht widersprechen, und zwar um so weniger, da dieser Satz in der L. 9. C. de vi seine Bestätigung findet [17].

---

[15]) Besonders gehört hierher *L.* 15. §. 9. *D. quod vi aut clam. Ulpianus.* Sed quod interfuit, aut per jusjurandum, quod in litem actor juraverit, aut si jurare non possit, judicis officio aestimandum est. S. ferner L. 3. D. de in litem jur. L. 10. D. eod L. 5. §. 1. D. Ne quis eum. L. 7. pr. D. de adm. et per. tut.

[16]) De eo, quod interest, cap. 14. (*Meermann* thes. jur. civ. tom. 7. p. 797.)

[17]) Voet (ad tit. Dig. de in litem jur. §. 5.) läugnet, daß bei bloßer Entschädigung juramentum in litem Statt finde, und beruft sich auf *L.* 5. *pr. D. Depositi.* Ei, apud quem depositum esse dicetur, heißt es daselbst, contrarium judicium depositi datur: in quo judicio merito in litem non juratur; non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate ejus, qui depositum suscepit. Voet meint ein juramentum in litem *affectionis.* Davon kann

Manche behaupten, das juramentum in litem finde nur Statt, wenn die Rede sey vom Herausgeben, nicht aber, wenn vom Uebergeben; er finde daher nicht Statt beim Kaufcontract [18]). Man beruft sich deshalb auf L. 4. C. de act. emt., wo es heißt: si traditio rei venditae juxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat: quanti interesse compleri emtionem fuerit arbitratus praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit. Diese Stelle läßt, nach meinem Ermessen, ganz unentschieden, ob in diesem Fall das juramentum in litem Statt finde oder die aestimatio judicis, da sie bloß vom arbitrio judicis handelt, was sich in beiden Fällen — in dem einen freilich mehr, wie in dem andern, — wirksam erweiset. Uebrigens scheint es auch mir, daß ein juramentum in litem nur Statt finde, wenn die Rede ist *de restituendo*, bei dinglichen oder persönlichen Klagen, nicht aber, wenn *de tradendo*; aber wohl gemerkt, der Eid findet, nach meinem Ermessen, in Fällen der letztern Art nur in so fern nicht Statt, als er die Bestimmung des Werthes einer Sache zum Gegenstande

---

nun freilich bei bloßer Entschädigung nicht die Rede seyn, sondern nur, wenn von dem an Stelle der Sache selbst zu ersetzenden Werth die Rede ist. Uebrigens ist an dieser Stelle auch nicht gesagt, daß überhaupt bei der Entschädigung nicht vom juramento in litem die Rede seyn könne, sondern nur bei der Entschädigung des depositarii kann nicht die Rede davon seyn, weil diese gewöhnlich nicht aus dolus sich herschreibt, sondern er hat Ausgaben bestritten, die er ersetzt haben will u. s. w.

[18]) z. B. *Noodt* Comm. ad tit. Dig. de in litem jur. (Op. tom. 2. p. 235.) *Perez* ad h. tit. C. no. 4.

hat; weil bei einer solchen eidlichen Schätzung des Werths einer Sache, wie es mir scheint, vorausgesetzt wird, daß die Sache dem Schwörenden gehört. Hingegen, wenn die Sache einem andern oder gar demjenigen selbst gehört, der den Preis entrichten soll, kann wol von keiner eidlichen Schätzung derselben von Seiten des Klägers, von keiner eigentlichen litis aestimatio, welche wie ein Kauf anzusehen ist [19]), die Rede seyn. Wenn aber der Eid auch außerdem dazu dienen kann, id, quod interest, abgesehen von der aestimatio rei zu schätzen, so sehe ich nicht, weshalb beim Kaufcontract eine Ausnahme Statt finden sollte. Vielmehr, wenn überhaupt in Fällen von dolus oder contumacia der Kläger berechtigt ist, id, quod interest, eidlich selbst zu schätzen, wird er es unter dieser Voraussetzung auch beim Kaufcontract können. —

Das juramentum in litem vertritt die Stelle des Beweises ejus, quod oder quanti interest, also zugleich des Schadens und auch der Größe desselben.

Das Letztere werden diejenigen nicht zugeben, die mit Anton Faber (Conject. lib. 16. cap. 13.) das sogenannte juramentum *Zenonianum* für einen eignen, vom juramento in litem verschiedenen, Eid halten und den Unterschied zwischen beiden gerade darin finden, daß durch jenen der Schade und dessen Größe zugleich erwiesen werde, durch diesen aber nur die Größe, indem alles Uebrige dabei als erwiesen vorausgesetzt werde. Allein, das ist eine bloße Hypothese, ersonnen, einen unrichtigen Satz aufrecht zu erhalten, und die

---

19) L. 1. et 3. D. pro emt.

L. 9 C. Unde vi zu erklären. Aus der (in der Note 15.) angeführten Stelle des Ulpian (L. 16. §. 9. D. Quod vi aut clam) geht hervor, daß in Fällen gewaltsam entzogenen Besitzes das gewöhnliche juramentum in litem Statt finde. Zeno könnte bloß etwas hinzugesetzt haben, nämlich, daß in Fällen dieser Art der Kläger in subsidium berechtigt seyn solle, auch die Beschädigung selbst durch seinen Eid zu erweisen. Es wäre dann aber das juramentum Zenonianum doch immer nichts als das alte *juramentum in litem*, wie es von Zeno für Fälle des gewaltsam entzogenen Besitzes erweitert worden. Allein wir sind gar nicht berechtigt, eine solche Erweiterung anzunehmen. Ich habe schon bemerkt, daß die Römer den Beweis des Schadens und der Größe desselben nicht von einander absondern, sondern zusammenfassen, und namentlich geschieht das in der eben erwähnten Stelle des Ulpian. Eine solche Absonderung wäre auch dem einfachen gerichtlichen Verfahren der Römer wenig angemessen und wird sich schwerlich durch andre Stellen bestätigt finden. Endlich scheint es mir auch unwahrscheinlich, daß für Fälle gewaltsam entzogenen Besitzes beim juramento in litem eigne Rechtsgrundsätze aufgestellt seyn sollten, die nicht beim dolus überhaupt gültig gewesen wären.

Viel eher möchte man berechtigt seyn, aus dieser Stelle des Codex den Satz abzuleiten, wie das juramentum in litem überhaupt nur in subsidium, nämlich beim Mangel anderer Beweismittel, Statt finde. Und das haben auch von je her viele Rechtsgelehrte behauptet, wobei sie sich eben auf diese Stelle des Codex, auch

wol auf andere [20]) beriefen [21]). Was dagegen angeführt wird, daß der Kläger mit seiner eidlichen Schätzung ultra rei pretium hinausgehen darf [22]), würde zur Widerlegung wol allein nicht ausreichen; denn daraus würde nur folgen, daß der Eid in Fällen dieser Art nicht bloß in subsidium Statt finde; hingegen könnte er deshalb doch immer in Fällen eigentlicher Entschädigung die Natur eines Nothbehelfs an sich haben. Ja, dieß Argument beweiset um so weniger, da es Fälle gibt, in denen der Eid wirklich nur in subsidium Statt findet, nämlich bei den actionibus stricti juris, zufolge der L. 5. §. 4. D. de in litem jur. [23]). Allein dennoch glaube auch ich, daß der Eid nicht bloß beim Mangel sonstiger, oder bei Unzulänglichkeit der Beweise Statt finde. Einmal spricht schon der Umstand dagegen, daß der Eid dolum oder contumaciam des Beklagten voraussetzt, zur Strafe desselben dienen soll, eigentlich gar kein Beweismittel ist, folglich kein in subsidium Statt findendes seyn kann, auch kein Ergänzungsmittel eines mangelhaften Beweises, sondern eine Rechtsbegünstigung des Klägers, vermöge deren er wegen des dolus oder der contumacia seines Gegners die Größe der ihm zu leistenden Vergütung selbst zu schätzen berechtigt ist. Zweitens folgt gerade daraus,

---

[20]) Namentlich L. 3. C. de reb. cred., wo es heißt: In bonae fidei contractibus, nec non etiam in caeteris causis inopia probationum per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet.

[21]) Siehe z. B. *Leyser* spec. 146. med. 1. *Wehrn* doctr. de damno cap. 6. §. 65. p. 419.

[22]) S. Glück Erl. der *II* Theil 12. S. 442.

[23]) Plane interdum et in ac-

daß der Eid ausnahmsweise bei den actionibus stricti juris Statt findet, wenn keine Schätzung von Seiten des Richters möglich ist, daß, der Regel nach, der Kläger zum Eide zuzulassen sey, ohne weitere Rücksicht, ob die Größe der ihm zu leistenden Vergütung auf andre Art ausgemittelt werden kann oder nicht. Drittens nach dem, was Ulpian lehrt (L. 15. §. 9. D. Quod vi aut clam), kann in Fällen gewaltsam entzogenen Besitzes der Kläger den ganzen Umfang seines Verlustes durch das juramentum in litem schätzen. Dabei ist so wenig die Rede davon, daß diese eidliche Selbstschätzung bloßer Nothbehelf sey, daß vielmehr gerade umgekehrt nach dem, wie Ulpian die Sache darstellt, in solchen Fällen zunächst Selbstschätzung durch das juramentum in litem Statt findet und nur *in subsidium* Schätzung der Größe des Verlustes durch den Richter. Wenn aber die Frage entsteht, auf welche Art mit dieser Aeußerung des Ulpian die *L.* 9. *C. Unde vi* [24]) in Einklang zu bringen sey, so glaube ich,

---

tione stricti judicii in litem jurandum est; veluti si promissor Stichi moram fecerit et Stichus decesserit: quia judex aestimare sine relatione jurisjurandi non potest rem, quae non exstat. Man sieht schon aus dem Zusammenhange, daß relatio hier statt delatio gebraucht wird. Die Ausdrücke *deferre* juramentum und *referre* werden bisweilen mit einander vertauscht. L. 24. D. de jurej. L. 12. D. rer. amotar. *Noodt* c. l. p. 236.

[24]) Si quando vis in judicio fuerit patefacta, deinde super rebus abreptis vel invasis vel damno dato tempore impetus quaestio proponatur: si non potuerit, qui vim sustinuit, quae perdidit, singula comprobare, taxatione a judice facta pro personarum atque negotii qualitate; sacramento aesti-

die Worte der letztern, welche hier nur allein Anstoß erregen können: *si non potuerit, qui vim sustinuit, quae perdidit, singula comprobare*, gehören der besondern Natur des Rechtsfalls an und beziehen sich auf das Recht des Klägers, statt zu schwören und sich richterlicher Ermäßigung zu unterwerfen — zu beweisen.

Wenn nämlich das juramentum in litem nicht Statt findet oder der Beschädigte von seinem Recht nicht Gebrauch machen will, da ihm dieß beneficium nicht aufgedrungen werden kann; dann ist es die Sache des Richters, den Schaden zu schätzen [25]).

Diese aestimatio judicis setzt Untersuchung und Erforschung der Größe des Schadens voraus [26]). Schätzen zwar muß den Schaden der Richter; aber man muß ihn doch erst in den Stand setzen, schätzen zu können; es müssen ihm zu seiner Schätzung die Data gegeben werden. In einer Stelle der Pandecten wird es als Klugheitsregel empfohlen, sich, statt der Entschädigung, eine bestimmte Summe versprechen zu lassen, weil der Beweis dessen, quanti cujusque interest, schwer sey; welches denn doch voraussetzt, daß ein solcher Beweis (auch da, wo die Verbindlichkeit zur Entschädigung nicht auf Vertrag beruht) der Regel nach geführt werden müsse. *L. 11. D. de stipulat. praet.* In ejus-

---

mationem rerum, quas perdidit, manifestet: nec liceat ei ultra taxationem a judice factam jurare: et quod hujusmodi jurejurando dato fuerit declaratum, judicem condemnare oportet.

[25]) L. 25. §. 2. D. Ad legem Aquil. L. 4. §. 4. D. de in litem jur.

[26]) L. 2. C. de in litem jur.

modi stipulationibus, quae quanti res est promissionem habent, commodius est, certam summam comprehendere: quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cujusque interest et ad exiguam summam deducitur. (Eine andere hierher gehörige Stelle des Codex folgt weiter unten.) Auch ist ja der Umstand, daß Jemand Schaden gelitten habe und wie groß er sey, res facti [27]), und es ist daher ganz in der Regel, wenn darüber Beweis geführt werden muß. Der Beschädigte muß also zeigen, daß er durch die widerrechtliche Handlung des andern beschädigt sey, daß er diesen und jenen Schaden davon gehabt (worin der Schade bestehe) und wie viel ihm dafür zu vergüten sey. An dem bloßen Beweise, daß überhaupt ein Schade gestiftet sey, kann es nicht genug seyn.

Indessen kommt die Entschädigungs-Forderung gewöhnlich erst zur Sprache, wenn schon durch einen vorhergegangenen vielleicht langwierigen Streit Richter und Streitende ermüdet sind. Soll nun, nachdem in dem Hauptstreit Beweis geführt ist, wieder ein neuer geführt werden? Man wird es wenigstens sehr natürlich finden, wenn die Richter von der Strenge des Beweises nachzulassen geneigt sind. Auch ist der Beweis der Größe der zu leistenden Entschädigung nicht nur, wie das Römische Recht anerkennt, schwer, sondern läßt sich gewöhnlich nicht so strenge führen. Zwar ist in der L. un. C. de sent., quae pro eo, quod interest,

---

[27]) *L. 24. D. de regul. jur.* Quatenus cujus intersit, in facto non in jure consistit.

proferuntur, eben nicht die Rede davon, dem Beschädigten die Beweislast zu erleichtern oder gar abzunehmen, sondern, daß der Richter den wirklich gestifteten Schaden durch seinen Scharfsinn ausmitteln, und ungegründete und übermäßige Ansprüche nicht berücksichtigen soll. Indessen liegt es wol schon in der dem Richter beigelegten *aestimatio*, daß ihm hier, was die eigentliche Größe der Entschädigung betrifft, die Hände weniger, wie sonst, gebunden sind. Doch muß nach meinem Ermessen dasjenige geschehen, was, die Größe des Schadens aufs genaueste auszumitteln, möglich ist, und namentlich wird man oftmals seine Zuflucht zu dem Urtheil der Sachverständigen nehmen müssen.

Es wird jedoch nicht immer einer förmlichen Beweisführung bedürfen, sondern bei der Untersuchung kann vielleicht schon durch die Verhandlungen der Parteien der Richter in den Stand gesetzt seyn, die Größe des Schadens schätzen zu können [28]. Man kann daher im Allgemeinen sagen, der Richter setze nach dem, was bewiesen oder durch die gerichtlichen Verhandlungen ausgemittelt ist, die Größe der Entschädigung fest; auch kann es nach Umständen seyn, daß auf bessern Beweis zu erkennen ist [29].

---

[28]) Hierher dürfte die schon erwähnte *L. 2. C. de in litem jur.* gehören. Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis convincitur, omissa jurisjurandi facultate, *judex de veritate cognoscet:* quae etiam argumentis liquidis investigari *potes*

[29]) Nur bei geringfügigen Gegenständen mag es auf Leyser's Verantwortung dem Rich-

Nach Mevius und überhaupt den Rechtsgelehrten zufolge findet hier auch nach Umständen Eidesleistung Statt, und zwar soll dieser Eid vom juramento in litem verschieden, zur Ergänzung des mangelhaften Beweises dienen, also suppletorium seyn. Und zwar diejenige Art desselben, die man das juramentum quantitatis nennt, welches bekanntlich Statt findet, wenn das Vorhandenseyn der Forderung selbst ausgemittelt, die Größe nur noch ungewiß, jedoch wahrscheinlich ist [30]; — woran auch erinnert wird.

In so fern die Rede davon wäre, Thatsachen zu beschwören, aus denen die Größe der Entschädigung hervorginge, z. B. der Kläger wäre genöthigt gewesen, Kosten aufzuwenden, so würde, unter der angeführten Voraussetzung, gegen die Zulässigkeit eines solchen Eides nichts einzuwenden seyn. Soll aber der Beschädigte die Größe seines Schadens schätzen dürfen, wie man doch lehrt [31], soll er also beschwören dürfen, wie hoch er den Schaden nach seiner Meinung anschlage, so sehe ich nicht, wie man einen solchen Eid von einem juramento in litem unterscheiden, noch wodurch man ihn rechtfertigen will. Es stehen entgegen Selbst-

---

ter erlaubt seyn, dem Beschädigten ein Entschädigungsquantum ex aequo et bono zuzusprechen.

[30]) Cap. 32. X. de jurejur.

[31]) S. z. B. *Malblanc Princ. jur. Rom. P.* 1. §. 262. Quodsi vero damnum neque dolo, neque culpa lata datum sit aut aliquid petitur, quod antea nostrum non fuit, tum veritas tantum damni, i. e. quanti res est, in computum venit *et ex argumentis probabilibus actor ad veritatem damni taxandam et juramentum suppletorium veritatis admittitur.*

schätzung durch juramentum in litem, welche nur in gewissen Fällen Statt findet, und Schätzung durch den Richter [32]). Man kann freilich einwenden, das juramentum in litem vertritt die Stelle des Beweises, hier aber ist von einem zur Ergänzung des Beweises zu leistenden Eide die Rede, und wenn nach Römischem Recht das juramentum in litem ohne Beweisführung nur in gewissen Fällen Statt findet, so ist damit nicht gesagt, daß nicht in andern Fällen gleichfalls eine Eidesleistung von Seiten des Beschädigten nach geführtem Beweise Statt finden sollte. Allein der Eid hat es nur mit Thatsachen zu thun, nicht mit Urtheilen, und die Selbstschätzung durch den Eid, welche den Schwörenden zum Richter in eigner Sache macht, ist etwas, was sich ohne besondres Gesetz nicht rechtfertigen läßt. Läge das Wesen des juramenti in litem gerade darin, daß dadurch bloß die Größe des Schadens erwiesen würde, und setzte es den Schaden selbst als erwiesen voraus, so würde dieß einen neuen Grund abgeben, um den unter dem Vorwande eines suppletorii eingeführten Eid in Fällen, die sich nicht zum juramento in litem eignen, zu verwerfen.

Wenigstens in der Theorie läßt sich ein solcher Eid nicht rechtfertigen; doch will ich nicht läugnen, daß der Beschädigte gewöhnlich am besten im Stande ist, den Betrag des ihm zugefügten Schadens zu schätzen, und daß die Richter, beim Mangel sonstigen zureichenden Beweises, um ein Mittel in Verlegenheit sind, die Sache, so viel als möglich, in Gewißheit zu

---

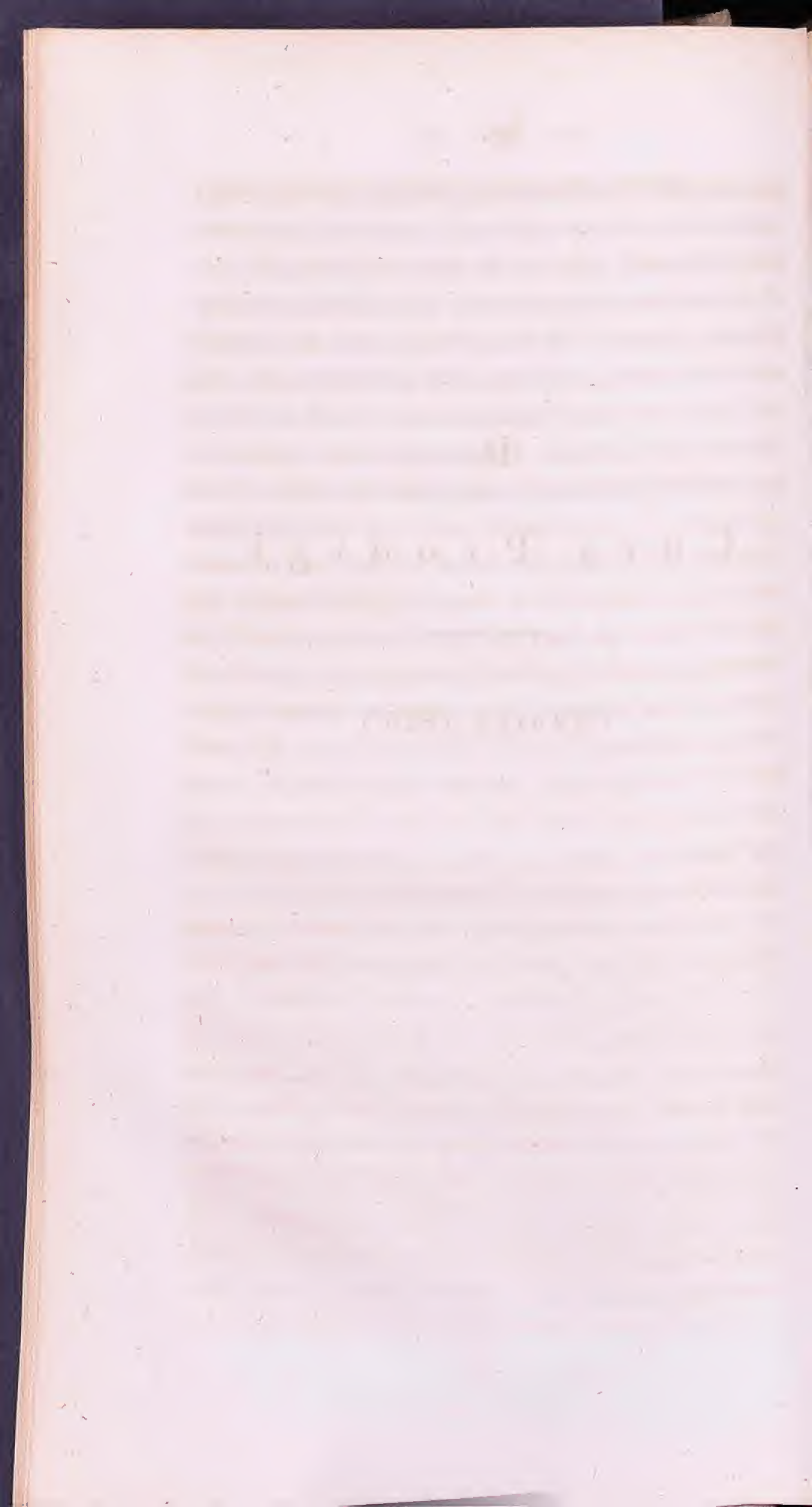
[32]) L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. D. | de in litem jur.

setzen und alle Willkür zu vermeiden; nicht zu gedenken, daß auf diesem Wege dem Hader auf dem kürzesten Wege ein Ziel gesetzt wird. Als Nothbehelf ließen ihn auch die Römer zu bei den negotiis stricti juris, bei denen er an sich nicht Statt fand. Eben so begnügen wir uns in Criminalfällen mit der taxatio laesi jurata, wenn der Werth des entwandten Objects durch Sachverständige nicht ausgemittelt werden kann, weil die Sache nicht mehr vorhanden, oder nicht zu haben, kurz unsichtbar ist.

II.

Cura Prodigi.

(Junius 1825.)



§. 1.

Gesetzgebung über die cura prodigi.

Die cura prodigi gehört zu den ältesten Einrichtungen der Römer. Die Gesetze der 12 Tafeln stellten den Verschwender, ihn selbst und sein Vermögen, unter die Vormundschaft der nächsten Agnaten. Si furiosus aut prodigus existat, ast ei custos nec escit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniave ejus potestas esto. Ja, nach dem übereinstimmenden Zeugniß von Ulpian [1]) und Paulus [2]) ward die cura prodigi, ihrem ersten Ursprunge nach, schon vor den Gesetzen der 12 Tafeln und zwar durch Gebrauch eingeführt.

In Folge des Gesetzes der 12 Tafeln geschieht gegen den Prodigus eine interdictio bonorum durch den Prätor; er entzieht demjenigen, der eine verschwenderische Lebensart führt, durch ein Decret die Macht über sein Vermögen, und setzt ihn und seine Güter, nach dem Beispiel des Wahnsinnigen, unter Curatel. Diese cura, die früher legitima war, ward in der Folge dativa. Anfänglich nämlich bestellte das Gesetz selbst den Curator, indem es den nächsten Agnaten dazu berief; nach neuerm Römischen Recht bestellt den Curator der Prätor,

---

[1]) L. 1. pr. D. de curat. fur. | [2]) Rec. sent. lib. 3. tit. 4. §. 7.

indem er ex inquisitione auch andre als Agnaten dazu erwählt [3]).

Die Formel, deren die Prätoren sich dabei zu bedienen pflegten, hat uns Paulus aufbewahrt [4]). Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.

Eine solche Prodigalitäts-Erklärung setzt, wie die cura furiosi, voraus, daß Jemand sui juris sey, und nicht schon wegen seiner Jahre unter Vormundschaft steht [5]), und geschieht auf den Antrag der Verwandten, namentlich der Aeltern [6]). Besonders hat der Vater die Macht, seinen Sohn, obgleich er über die Jahre der Minderjährigkeit hinaus ist, als einen Verschwender unter Curatel zu setzen, und wiewohl es Sache des Prätors ist, den curator prodigi zu ernennen, ist er doch

---

[3]) *L.* 1. *pr. D. de curat. fur.* Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio: quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie praetores, si talem hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit, curatorem ei dare exemplo furiosi et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit; quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum. Die Prätoren werden hoffentlich einen billigen Unterschied gemacht haben zwischen Leuten, die sich so etwas bieten ließen — und Mächtigen, bei denen es nicht ausführbar war. Wenigstens meldet die Geschichte nicht, daß Sylla, Lucull u. s. w. als Verschwender unter Curatel gesetzt worden.

[4]) *Paul.* recept. sent. c. I.

[5]) *L.* 1. *C. h. t.* Curatores impleta legitima aetate prodigis vel furiosis solent tribui. L. 7. eod.

[6]) L. 12. §. 2. D. de tutor. et curator. datis ab his etc.

doch an die Person des vom Vater im Testament Bezeichneten gebunden. Man möchte nun glauben, es komme in solchem Fall immer noch darauf an, ob der Sohn wirklich Verschwender und, ihn als einen solchen unter Curatel zu setzen, nöthig sey. Aber nein; Tryphoninus belehrt uns eines Bessern. Hat der Vater ihn einmal für einen Verschwender gehalten und es nicht etwa vorgezogen, ihn wegen seiner Neigung zur Verschwendung bona mente zu enterben, die Kinder, die er etwa hat, statt seiner zu bedenken und ihm bloß den Lebensunterhalt zu vermachen; hat er ihn für einen Verschwender gehalten, so ist er es auch; hat er gewollt, daß er als prodigus unter Curatel stehen soll, so hilft kein Sträuben; er wird ohne weitere Umstände als prodigus behandelt [7]). Valerius Maximus in

---

7) *L.* 16. *D. de curat. fur.* „Si furioso puberi, quamquam majori annorum viginti quinque, curatorem pater testamento dederit: eum praetor dare debet, secutus patris voluntatem; manet enim ea datio curatoris apud praetorem, ut rescripto Divi Marci continetur. His consequens est, ut, et si prodigo curatorem dederit pater, voluntatem ejus sequi debeat praetor, eumque dare curatorem. Sed utrum omnimodo: an ita, si futurum esset, ut, nisi pater aliquid testamento cavisset, praetor ei bonis interdicturus esset? et maxime si filios habeat iste prodigus? Potuit tamen pater et alias providere nepotibus suis, si eos jussisset heredes esse, et exheredasset filium: eique, quod sufficeret, alimentorum nomine, ab eis certum legasset, addita causa necessitateque judicii sui; aut, si non habuit in potestate nepotes, quoniam emancipato jam filio nati fuissent, sub conditione eos heredes instituere, ut emanciparentur a patre prodigo. Sed quid, si nec ad hoc consensurus esset prodigus? sed per omnia judicium testatoris sequendum est; ne quem pater vero consilio prodigum credidit, eum magistratus, propter aliquid forte suum vitium, idoneum putaverit.

seiner bekannten Anekdotensammlung [8]) führt sogar ein Beispiel an von einem Sohn, der seinen Vater pro prodigo erklären ließ. Als aber der Vater gestorben und er nun Herr war über das Vermögen, trat dieser gute Sohn in die väterlichen Spuren — Art läßt nicht von Art — und verschwendete in kurzer Frist die reiche Erbschaft, die er nur für sich, sie durchzubringen, hatte aufgespart wissen wollen und die er, wie Valerius bemerkt, lieber durchbringen als seinen Erben gönnen wollte. Etwas Aehnliches wird vom Sophocles und von seinen Söhnen erzählt; nur daß hier der Antrag der Söhne nicht gleichen Erfolg hatte. Sophocles, erzählt Cicero [9]), ad summam senectutem tragoedias fecit (gerade wie Voltaire): quod propter studium, cum rem familiarem negligere videretur, a filiis in judicium vocatus est; ut quemadmodum nostro more male rem gerentibus patribus bonis interdici solet: sic illum quasi desipientem a re familiari removerent judices. Tum senex eam fabulam, quam in manibus habebat et proxime scripserat, Oedipum Coloneum recitasse dicitur judicibus, quaesisseque, num illud carmen desipientis videretur, quo recitato sententiis judicum est liberatus.

Nicht Alter, noch Geschlecht schützen gegen diese Art von Unmündigkeit. Frauenzimmer sind von Natur nicht zur Verschwendung geneigt, außer etwa, wenn die Rede davon ist, sich zu schmücken und es andern darin zuvor zu thun, haben auch nicht häufig Gelegenheit

---

[8]) Lib. 8. cap. 6. §. 1. | [9]) De senectute cap. 7.

dazu; dennoch ist auch für mögliche Fälle dieser Art vorgesorgt [10]).

Eine Folge der bonorum interdictio ist, daß der prodigus keine Veräußerungen vornehmen kann [11]), ja er ist nicht einmal fähig, ein Testament zu machen [12]). Er kann sich nicht gegen andere verbindlich machen und wer sich etwa für ihn verbürgt hat, haftet eben so wenig, wie der Bürge eines Wahnsinnigen [13]), woraus denn folgt, daß der (politische) Verschwender durch seine Einwilligung nicht einmal naturaliter verbunden wird, wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit in den Gerichten als nicht vorhanden zu betrachten. Der Bürge des Verschwenders haftet wenigstens nicht als Bürge oder vermöge einer obligatio accessoria, wol aber, nach der Lehre der Rechtsgelehrten, wenn er eben in der Meinung, den Gläubiger wegen der Ungültigkeit der Hauptverbindlichkeit sicher zu stellen, sich verbürgte, ja schon, wenn er wußte, daß der Hauptschuldner prodigus und als solcher unfähig sey, sich verbindlich zu machen; dann haftet er als einer, der donandi animo sich verbürgt hat, ex sua persona oder als Hauptschuldner [14]).

---

10) *L.* 15. *pr. D.* eod. Et mulieri, quae luxuriose vivit, bonis interdici potest.

11) L. 10. pr. D. de curat. fur.

12) §. 2. I. quib. non est permissum facere testam. L. 18. pr. D. qui testam. facere poss. Daß diese Verordnung bei uns im Gebrauch sey, darüber s. von Quistorp rechtliche Bem. Thl. 2. Bem. 5.

13) L. 6. D. de Verb. Obl.

14) Auf solche Art suchen die Ausleger die vorher angeführte L. 6. D. de Verb. Obl. mit L. 25. D. de fidejussor. zu vereinigen. *Bachov.* ad Treutler. v. 2. D. 18. th. 3. l. 6. *Vinn.* ad §. 1. I. de fidejussor. nr. 4

Ueberhaupt steht geschrieben:

Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum est, nulla voluntas est [15]),

welches beim Prodigus, wie sich von selbst versteht, nur auf bürgerliche Verhältnisse Anwendung findet, auch in so fern eine Ausnahme leidet, daß er, verschieden vom Furiosus [16]), andere gegen sich verbindlich machen und seine Lage dadurch verbessern kann [17]). Aus beiden Vordersätzen, daß er andre gegen sich, sich aber nicht gegen andre verbindlich machen kann, nämlich nicht ohne Zustimmung seines Curators, folgt dann, daß Geschäfte, die ihrer Natur nach für beide Theile verbindlich sind, von einem Prodigus eingegangen, negotia claudicantia, nämlich nur für den Mitcontrahenten verbindlich sind, so daß dieser daraus nicht klagen, wol aber verklagt werden kann. Dabei versteht es sich und die Natur solcher hinkenden Geschäfte bringt es mit sich, daß der auf Erfüllung belangte Mitcontrahent doch immer nicht anders nöthig hat, zu erfüllen, als gegen Leistung dessen, wozu der andre sich wechselseitig verpflichtete.

Gleichwie nun der Verschwender nicht einwilligen und sich nicht verbindlich machen kann, so wird er doch

---

Westenberg de causis obligat. cap. 4. §. 19. Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit §. 113.

[15]) L. 40. D. de reg. juris.

[16]) *L.* 1. *§.* 12. *D. de obl. et act.* „Furiosum, sive stipulatur, sive promittat, nihil agere, natura manifestum est.

[17]) *L.* 6. *D. de Verb. Obl.* Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit; tradere vero non potest, vel promittendo obligari; et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso." *L.* 3. *D. de novat.* „Cui bonis interdictum est, novare obligationem suam non potest, nisi meliorem suam conditionem fecerit.

in solchen Fällen verpflichtet, wo es keiner Einwilligung bedarf, um verbindlich zu werden, indem die Verbindlichkeit, wie Paulus spricht, *ex re* entspringt *). Er haftet daher, wenn er durch unerlaubte Handlungen Schaden gestiftet hat oder wenn Jemand seine Geschäfte nützlich verwaltet hat **). Wenn er selbst als gestor die Geschäfte eines andern verwaltet hat, wird er in so weit dadurch verbindlich, als er bereichert ist ***).

Abgesehen von dem vorher erwähnten Fall, da der Vater im Testament den Sohn für einen Verschwender erklärt, ist der Regel nach bei jeder Prodigalitätserklärung erforderlich, daß vor allen Dingen ausgemittelt werde, daß jemand wirklich einen so verschwenderischen Lebenswandel führe, daß es nöthig sey, ihm die Verwaltung seines Vermögens zu entziehen und ihn unter Curatel zu setzen. Es ist schon allgemeine Regel, daß jeder Anordnung einer Curatel über Volljährige eine Untersuchung vorhergehen muß, wodurch die Nothwendigkeit dieser Maßregel aufs Vollständigste ausgemittelt worden [18]). Das gilt dann auch ohne Zweifel von dieser und zwar um so mehr, je stärker hier der Eingriff in die Rechte eines freien Menschen und je nachtheiliger diese Maßregel für ihn ist. Die Verwandten, Bekannten, Nachbarn des Prodigus, überhaupt solche, die von der Sache vollständige und genaue Kenntniß haben, sind dann über seinen Lebenswandel zu verneh-

---

*) *L. 46. D. de obl. et act.* „Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur.

**) L. 3. §. 5. D. neg. gest.

***) *L. 3. §. 4. D. de negot. gestis.* „Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum Divi Pii etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior: agendo autem compensationem ejus, quod gesserit, patitur.

18) L. 6. D. de curat.

men, und zwar genügt es nicht, daß sie ihn für einen Verschwender **halten**, sondern sie müssen einzelne Aeußerungen seiner Verschwendung oder s. g. *actus prodigalitatis* bezeugen [19]) und zwar billig aus eigener Erfahrung; besonders muß auch der Verschwender gehört, ihm Gelegenheit verschafft werden, sich gegen diese Maßregel zu vertheidigen und zu dem Ende muß er vor Gericht geladen werden *ad videndum sibi dari curatorem* [20]). Daß der Prodigus gehört werde, ist aber um so nöthiger, da Handlungen, die unnützer Aufwand zu seyn und den Charakter der Verschwendung an sich zu tragen scheinen, wenn man die Gründe dazu und die Umstände näher kennt, oftmals ein ganz anderes Ansehen gewinnen.

Die cura prodigi hört auf, wenn der Verschwender sich bessert; dieß bemerkt **Ulpian** und setzt hinzu: quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum (prodigus atque furiosus). Also, wenn es sich ereignet? Aber, kann so etwas sich ereignen? Die Neigung zur Verschwendung ist ein Temperamentsfehler, der sich so leicht nicht ablegt; naturam si furca expellas, tamen usque recurrit. Und wie soll einer, dem durch die cura selbst die Gelegenheit entzogen ist, andere Sitten anzunehmen, uns von seiner Besserung überzeugen? Ja, wäre es möglich, daß er Zeichen der Besserung von sich gäbe, welch' Zutrauen könnte dadurch erweckt werden? Müßte man nicht glauben, er habe sich nur einstweilen nach den Umständen bequemt und, statt sich zu bessern, nur den Schein der Besserung an-

---

19) *Lauterbach* Coll. theor. pract. lib. 27. tit. 10. §. 24.

20) *Müller* ad *Struv.* syntagma h. t. §. 90. lit. γ. not. 4.

genommen, um wieder zur Verwaltung seines Vermögens zu gelangen? Man kann einwenden, nach reinem Römischen Recht habe er mit Zustimmung seines Curators rechtliche Geschäfte mit andern eingehen können und hier also Gelegenheit gehabt, sich als einen guten Haushalter zu zeigen; aber, was kann eine solche Art von Disposition und was kann sie unter solchen Umständen beweisen? Wenn etwas diesen Fehler, der, mit edlem Sinn gepaart, vielleicht nicht zu den schlimmsten gerechnet werden kann, heben oder mindern kann, so möchte es zunehmendes Alter seyn; denn die Jugend ist von Natur mehr zur Verschwendung geneigt; höheres Alter mehr zum Sparen. Auf allen Fall müßte eben, wie der verschwenderische Lebenswandel, also auch der gebesserte zuvor durch gerichtliche Untersuchung ausgemittelt werden. Das scheinbar entgegenstehende *ipso jure* in den Worten des Ulpian hat hier nur den Sinn, daß ein solches Aufhören der cura schon den Gesetzen (der 12 Tafeln) gemäß und durch sie angeordnet sey, wenn nämlich die Bedingungen dazu vorhanden sind und dieses zuvor ausgemittelt worden. So erklären wenigstens die Ausleger jene Worte, deren Amphibolie ihnen viel Mühe gemacht hat [21].

§. 2.

Begriff des Verschwenders.

Manche begnügen sich, zu sagen, derjenige sey ein Verschwender, welcher, wegen seiner verschwenderischen

---

[21]) S. *Voet* ad tit. Dig. de curat. fur. §. 7. *Huber* Prael. ad Inst. lib. 1. tit. 23. §. 5. *Lauterbach* Coll. theor. pr. lib. 27. tit. 10. §. 23.

Lebensart, vom Gericht für einen Verschwender erklärt ist. Es fragt sich indessen: wer kann wegen seiner Lebensart für einen Verschwender erklärt werden? Jenen pflegt man den politischen, diesen den moralischen Verschwender zu nennen. Also, wenn wir an dem Ausdruck keinen Anstoß finden wollen, wer ist moralischer Verschwender, so daß man einen politischen daraus machen kann? Einige begnügen sich, die Ausdrücke Ulpian's zu wiederholen, deren sich dieser beiläufig bedient, wol eben nicht in der Absicht, eine Definition zu geben: Verschwender sey ein solcher, *qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit.* Andere gehen in's Einzelne, indem sie solche Handlungen aufzählen, welche den Verschwender machen, wovon aber wenigstens das Meiste nicht hierher gehört. Spielen, Trinken, gern vor Gericht streiten, leichtsinnig sich verbürgen, Grundstücke mit fremdem Gelde kaufen, Geld zur Bestreitung täglicher Ausgaben, wol gar zur Bezahlung von Zinsen, auf Zinsen leihen (die, wie Mevius sich ausdruckt, gleich einem schleichenden Gift, die Kräfte des Vermögens heimlich aufzehren), in die Lotterie setzen, Gold machen —; das sind freilich lauter Dinge, bei denen nicht viel herauskommt, aber mit Unrecht werden sie, glaube ich, zur Verschwendung gerechnet [22]).

---

[22]) Z. B. von Mevius (ad jus Lub. lib. 1. tit. 5. art. 10. Nr. 23. sq.), Eichel (de prodigis §. 14.). Von dem Erstern bleibt indessen zweifelhaft, ob er, was er in besonderer Beziehung als Verschwendung ansah, zur cura prodigi würde für hinlänglich gehalten haben.

In Bülow's und Hagemann's practischen Erörterungen [23]) kommt ein Fall vor, da ein Landmann für einen Verschwender erklärt ward, der dem Trunke ergeben war, sich mit seiner Wirthschaft nicht beschäftigte und nicht allein Grundstücke, sondern auch Fruchtbäume aus seinem Garten, die Befriedigung und das Steinpflaster von seinem Hofe, ja sogar einzelne Theile seines Wohnhauses verkaufte. Nach meinem Ermessen hätte man ihn eher für einen Trunkenbold, Müßiggänger, schlechten Wirth oder für einen Nothleidenden u. s. w., nur nicht für einen Verschwender, erklären sollen. Das Einzige, was hier in Betrachtung kommen konnte, war die Trunkfälligkeit des Menschen. So ein häßliches Laster sie ist, so kann hier doch nur die Geldausgabe in Betrachtung kommen. Diese ist bei der Trunkfälligkeit nur eine Nebensache und kann um so weniger zur Verschwendung gerechnet werden, weil der Trinker, was er ausgibt, auf seinen Leib verwendet, auch nicht mehr ausgibt, als für seinen Zweck nöthig ist. Will man den Trinker zu den Verschwendern rechnen, so muß man auch denjenigen pro prodigo erklären, der den natürlichen Trieb des Menschen, sich zu ernähren und zu erhalten, im Essen zu stark befriedigt.

Eben so wenig, als den Trinker oder den Esser, möchte ich den Spieler zu den Verschwendern zählen, obgleich die Rechtsgelehrten ihn unter den Verschwendern oben an zu stellen pflegen [24]). Der Spieler verliert seine Zeit, seine Gesundheit, gute Sitten, wenn er der-

---

[23]) Theil 3. S. 275.

[24]) *Montan.* de tutel. cap. 28. Nr. 49. *Coll. Argent.* th. 13. d. tut. *Struv.* syntagma h. t. §. 90. not. 6.

gleichen hat; — aber nicht immer sein Geld. Nicht alle, welche spielen, verlieren; manche leben sogar vom Spiel. Und wenn der Spieler verliert, so geschieht es ganz gegen seinen Willen. Nicht vermindern will er sein Vermögen, sondern vermehren, und seine Hoffnung hat ihn betrogen. Mit eben dem Recht könnte man den Kaufmann zu den Verschwendern zählen, der im Handel viel wagt. Paßt wol die Beschreibung, die Ulpian vom Verschwender macht, er sey ein solcher, *qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit*, paßt sie wol auf den Trinker, den Spieler, oder paßt sie auf den Goldmacher, den Prozeßsüchtigen u. s. w.?

Nach meinem Ermessen muß man zweierlei wohl unterscheiden, den schlechten Haushalter und den Verschwender. Ich will eben nicht behaupten, daß die alte Zeit Beides unterschieden habe; ich rede hier nur von demjenigen, was dem Sprachgebrauch und den Fragmenten des Römischen Rechts, wie sie auf uns gekommen sind, gemäß ist. Es kann Jemand sein Vermögen schlecht verwalten, es schlecht zu Rathe halten, falsch rechnen u. s. w., ohne deshalb ein Verschwender zu seyn. Die wahre Verschwendung äußert sich, glaube ich, durch unnützes Ausgeben oder durch Ausgeben im Uebermaß.

Wer großen und unnützen Aufwand macht in Kleidern, Hausrath, Gebäuden, Gärten, in üppigen Gelagen, auf Reisen, bei Weibern viel verthut; wer das Geld nicht achtet, es leichtsinnig und mit vollen Händen wegwirft, Geld für etwas gibt, was er umsonst haben könnte, Waaren, die er sich anschafft, weit über ihren Werth bezahlt und das nicht etwa aus Unkunde;

wer bei seinen Ausgaben über dasjenige weit hinaus geht, was für seinen Zweck hinlänglich wäre; besonders wer sich übermäßig freigebig erweiset, selbst wenn es zur Erkenntlichkeit für geleistete Dienste, ja sogar, wenn es zur Unterstützung von Nothleidenden oder überhaupt zu guten Zwecken geschieht [25]; wer seiner Neigung, andern wohlzuthun, keine Schranken setzen kann; wer, wie es beim Plutarch heißt, nicht leben kann, ohne zu geben: — nur auf den paßt die Beschreibung Ulpian's, nur der kann für einen Verschwender gehalten werden. Leyser bemerkt [26]: Prodigus vulgo ille solus esse creditur, qui bona sua in scorta, convivia, compotationes, vestimenta, immensas aedificationes profundit. Er nennt diejenigen nicht, die dies behaupteten; mir scheint es, sie waren nicht eben auf dem unrechten Wege. Hingegen scheint Leyser es gewesen zu seyn, wenn er die armen Gelehrten, die im Sammeln von Büchern ihre Freude finden und dabei das Maß überschreiten, zu den Verschwendern rechnet. Wie viele gibt es nicht, die dergleichen thun; wie mancher sammelt Gemählde, Kupferstiche, alte Münzen, oder wendet viel auf Pferde,

---

[25]) So bemerkt Leyser (spec. 349. med. 3.): Pertinent huc porro, qui pauperes exulesque juvando et alendo bona absumunt, seque et suos per hoc in egestatem, aes alienum et famem praecipitant. Qui id faciunt, non laude, sed vituperio digni sunt. Das Letztere wollen wir hier dahin gestellt seyn lassen; sonst würden wir vielleicht sagen, man könnte sie zugleich rühmen und tadeln, oder auch bloß rühmen; — aber mit dem Erstern hat es seine Richtigkeit, nämlich, daß dergleichen Leute nun einmal den Verschwendern beigezählt werden müssen, nämlich den moralischen (diesen Namen verdienen sie vorzugsweise), aus denen politische werden können.

[26]) Spec. 349. med. 3.

Jagdhunde u. s. w., und würde es sehr übel nehmen, wenn man ihn deshalb für einen Verschwender erklären und als solchen behandeln wollte. Er hätte auch Ursache dazu. Quis judicem istos homines curatori subjicientem ferat! Dies, was Leyser bei andrer Gelegenheit sagt, kann man auch hier ausrufen. Die Befriedigung einer solchen Lieblingsneigung gehört, wenn sie auch zum Nachtheil des Vermögens gereicht, nicht zur Verschwendung, indem dabei, statt des Geldes, Waaren eingetauscht werden; sondern zur schlechten Haushaltung.

Damit Jemand gerichtlich für einen Verschwender erklärt und unter Curatel gesetzt werden könne, muß aber zu der oben angegebenen Beschreibung noch etwas hinzu kommen. Nämlich die Ausgaben desselben müssen zu der Größe seines Vermögens in keinem Verhältnisse stehen, dergestalt, daß er bei Fortsetzung dieser Lebensart auf dem Wege ist, zu verarmen; kurz seine Freigebigkeit muß wirklich das seyn, was Macchiavelli ihr überhaupt nachsagt: sie muß sich selbst aufzehren. Dieses scheint wenigstens den Römischen Gesetzen gemäß zu seyn [27].

---

[27]) L. 1. pr. D. de curat. fur. (s. oben Note 3.) *L. 12. §. 2. D. de tutor. et curator. datis ab his etc.* „Divus Pius matris querelam de filiis prodigis admisit, ut curatorem accipiant, in haec verba: Non est novum, quosdam etsi mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur his, deducantur in egestatem: eligendus itaque erit, qui eos consilio regat; nam aequum est, prospicere nos

Zweifelhaft scheint es mir, ob einer, der nur in einzelnen Stücken verschwendet, in andern aber sparsam ist, für einen Verschwender erklärt werden könne. Unter der zuletzt erwähnten Voraussetzung, daß dieser (unnütze oder übermäßige) Aufwand so groß ist, daß er verarmen müßte, wenn ihm nicht Einhalt gethan würde, getraue ich mir nicht, die aufgeworfene Frage zu verneinen.

Dieses mag über die Frage, wer als Verschwender zu betrachten sey, genügen. Viel wird dabei immer auf das arbitrium judicis ankommen, dem in dieser Materie übrigens die größte Behutsamkeit zu empfehlen ist. Mit Recht bemerkt Leyser [28]): Certos prodigalitatis fines jura nostra non constituunt, sed determinationem arbitrio judicis relinquunt; *in qua determinatione tamen judex rigidus nimis et severus esse nequit.*

§. 3.

Von den Gründen, wodurch die Römer zur Einführung der cura prodigi bewogen worden.

Die Römischen Rechtsgelehrten erkennen es selbst an, es sey ungerecht, freien Menschen die freie Verwaltung über ihr Vermögen zu entziehen [29]). Selbst Minderjäh-

---

etiam eis, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum."

Das *Consilio eos regat* ist, wie es scheint, nur ein aus Schonung gegen die Mutter gebrauchter Ausdruck für: ohne dessen Zustimmung sie nichts vornehmen dürfen.

[28]) Spec. 349. med. 1.

[29]) L. 2. D. si a parente quis manumissus.

rigen, die doch wegen ihrer Jahre noch nicht fähig sind, ihr Vermögen gehörig zu verwalten, ward nur dann ein Curator bestellt, wenn sie selbst darum baten [30]. Und dennoch wurden Verschwender ganz wider ihren Willen der Gewalt über ihr Vermögen beraubt und unter Curatel gesetzt. Was bewog also die Römer zu einer solchen außerordentlichen Einrichtung?

Liegt etwa der Grundsatz hier im Hinterhalt, Niemanden sey es erlaubt, seine Sachen zu mißbrauchen, oder, wie Justinian sagt, Expedit reipublicae, ne quis re sua male utatur? Wirklich finde ich, daß einzelne Rechtsgelehrte die Sache so darstellen, z. B. Anton Faber [31], Perez [32], Voet [33] und Lauterbach [34]. Allein, einen Mißbrauch von Sachen kann man es nicht nennen, wenn die Sachen selbst erhalten bleiben, und nur in andre Hände übergehen, was, da mit dem Verlust des Einen andre gewinnen, dem Staat im Ganzen eher vortheilhaft, als nachtheilig ist. Oder, hielt man dafür, wer sein Vermögen auf eine unvernünftige oder sinnlose Art verthut, sey einem Wahnsinnigen gleich zu achten? Einer so gekünstelten Vorstellung ist die alte Zeit nicht verdächtig. Wir finden zwar beide, den Wahnsinnigen und den Verschwender, häufig in Gesellschaft bei einander; allein daraus folgt noch nicht, daß man beide einander gleich

---

[30]) §. 2. I. de curat. L. 1. §. ult. D. qui pet. tut.

[31]) Jurispr. Papin. tit. 8. pr. 4. ill. 4.

[32]) Ad tit. C. de curat. fur. Nr. 1.

[33]) Ad tit. Dig. de curat. fur. § 6.

[34]) Coll. theor. pr. Lib. 27. tit. 10. §. 26.

gestellt habe, und wenigstens nicht, daß die cura bei beiden aus derselben Quelle, nämlich der Unfähigkeit, entsprungen sey [35]).

Die Bemerkung im Rescript des Antonin [36]): — aequum enim est, prospicere nos etiam eis, qui, quod ad bona ipsorum attinet, furiosum faciunt exitum; deutet auf keine Gleichstellung des prodigus mit dem furiosus hin. Der Verfasser dieses Rescripts scheint den wahren Grund der cura prodigi selbst nicht gekannt zu haben; er bemüht sich, dieselbe, indem er sie mit der cura furiosi in Verbindung setzt, auf eine ganz unnatürliche Art zu erklären. Da er zwischen beiden keine Aehnlichkeit finden kann, sucht er sie in der Wirkung ihrer Handlungen, und paart *furor* mit — *exitus!* —

Daß der prodigus unfähig seyn sollte, sein Vermögen zu verwalten, läßt sich nicht behaupten; zu den Personen, qui rebus suis superesse non possunt, gehört er nicht; nur wirkliche Unfähigkeit, nicht aber schlechte Verwaltung, kann machen, daß Jemanden zu seinem eigenen Besten die Verwaltung seines Vermögens entzogen wird. Man kann von ihm höchstens behaupten, daß er in Gefahr sey, durch schlechtes Haushalten sein Vermögen zu verlieren, was aber kein triftiger Grund ist, ihm wider seinen Willen einen Curator zu bestellen.

Zwar ist immer ein Unterschied zwischen dem *prodigus* und dem *minor*. Der minor ist wegen Leicht-

---

35) Perez (c. l. Nr. 2.) bemerkt: Interdictio facit, ut prodigi furiosis comparentur, non prodigalitas per se cum unicuique liberum sit, bonis suis liberaliter uti. L. 25. §. 11. D. de hered. pet.

36) L. 12. §. 2. D. de curator. datis ab his etc.

sinns und Mangels an Erfahrung nur in Gefahr, in einzelnen Fällen an seinem Vermögen Schaden zu leiden; diese Gefahr ist jedoch nicht immer vorhanden; aber der prodigus ist schon auf dem Wege, sein ganzes Vermögen zu verlieren. Allein hieraus folgt nur, daß es zu seinem eignen Besten gereiche, wenn ihm die Verwaltung seines Vermögens entzogen wird; nicht aber, daß man dazu berechtigt sey. Dies beneficium kann ihm wider seinen Willen nicht aufgedrungen werden, und zwar um so weniger, da es kein reines beneficium ist, sondern mit Aufopferung seiner Rechte erkauft werden muß.

Es mag indessen seyn, daß die Unfähigkeit zur Verwaltung des Vermögens mit in Betrachtung gezogen sey; hauptsächlich war sie es wenigstens nicht, derentwegen dem Verschwender die Verwaltung seines Vermögens entzogen worden. Ich möchte vielmehr vermuthen, die alte Zeit sey hier von ganz anderen Vorstellungen ausgegangen. Sein Vermögen durchbringen, ererbtes Gut nicht zusammenhalten, es der Familie entziehen, die Kinder, wenn welche vorhanden waren, der Gefahr aussetzen, zu darben; das war es wol eher, was die alte Zeit verwerflich fand. Ueberhaupt sah man wol einen schwelgerischen und verschwenderischen Lebenswandel mehr für etwas Unsittliches und Liebloses, als für eine Aeußerung von Schwäche und namentlich von Verstandesschwäche an. Deutet nicht darauf die Formel hin, deren der Prätor sich bediente: quando bona tua *paterna avitaque nequitia tua* disperdis, *liberosque tuos ad egestatem* perducis; ob eam rem tibi ea re commercioque interdico? Liegt dies nicht

nicht auch in den Worten des Ulpian [37]) — et tam diu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem *vel ille* (prodigus) *sanos mores receperit* etc.? Auch Cicero findet die Freigebigkeit tadelnswerth, wenn nahen Verwandten dadurch Abbruch geschieht [38]). Deinceps, ut erat propositum, bemerkt Cicero, de beneficentia ac liberalitate dicatur: qua quidem nihil est natura hominis accommodatius; sed habet multas cautiones. Videndum est enim — ne major benignitas sit, quam facultates — — quod, qui benigniores volunt esse, quam res patitur, primum in eo peccant, quod injuriosi sunt in proximos; quas enim copias his et suppeditari aequius est et relinqui, eas transferunt ad alienos.

Aehnliche Ansichten hegten die Griechen. Sie bestraften sogar denjenigen, der sein väterliches, überhaupt ererbtes, Vermögen durchgebracht hatte, und zwar mit dem Verluste des Rechts, in den Volksversammlungen als Sprecher aufzutreten, wie aus der Rede des Aeschines gegen den Timarchus erhellet. Auch Schwelgerei ward bestraft [39]). Daß aber nach attischem Recht die Verschwender als *ἄτιμοι* oder Ehrlose angesehen worden, und als solche unfähig gewesen, in den Volksversammlungen oder vor Gericht zu erscheinen, oder ein Testament zu machen, wie manche behaupten [40]), scheint

---

[37]) L. 1. pr. D. de curatela furiosorum.

[38]) De off. lib. 1. cap. 15. §. 14.

[39]) S. *Petiti* Com. in leges Atticas lib. 3. tit. 11. (Jurispr. Rom. et Attica tom. 3. p. 648. seq.)

[40]) J. B. *Montan.* de tutel. cap. 28. Nr. 36.

mir, um es beiläufig zu bemerken, aus eben dieser Rede nicht erweislich.

Im Verlauf der Zeit scheint der ursprüngliche Grund in Vergessenheit gerathen zu seyn. Antonin sieht in dem angeführten Rescript verschwenderische Lebensart für etwas Unvernünftiges an, und die cura prodigi als eine zum Besten des prodigus eingeführte Maßregel, wodurch er selbst gegen Verarmung geschützt werden soll. Die Rechtsgelehrten haben sich damit nicht begnügt; sie haben noch etwas hinzu gedacht und den Gesetzen untergeschoben, wovon die Ulpiane, Papiniane u. s. w., sich nichts träumen ließen. Nämlich der Verschwender soll nicht verarmen, damit er dem Staat nicht zur Last falle! —

§. 4.

Ueber den Werth der cura prodigi.

Das Schicksal wollte, daß Deutschland, arm an eignen Gesetzen, die Römischen aufnahm oder vielmehr dazu kam, es wußte selbst nicht, wie. Es nahm also diese Gesetze auf, die nicht für Deutschland gegeben waren, und zwar in ihrem ganzen Umfange, unbekümmert darüber, ob diese Gesetze zu seinen Sitten paßten oder nicht. Damit kam dann auch die cura prodigi nach Deutschland, und also in meinen Augen ein Uebel mehr. Zwar haben auch neuere Gesetzgeber die cura prodigi beibehalten. Aber schwerlich würde wol ohne das Beispiel des Römischen Rechts ein Gesetzgeber von selbst darauf verfallen, einen Verschwender unter Curatel zu setzen. Also zuerst führten die Römer die cura

prodigi ein, zu einer noch rohen Zeit; die Idee dazu entlehnten sie vielleicht von den Griechen; von Rom kam sie nach Deutschland und ging in das gemeine Recht über. Die neuen Gesetzgeber, geblendet von dem Ruhm des Volks, woher die Einrichtung stammte, oder voll Ehrfurcht vor dem hohen Alter derselben, sahen bloß auf das Nützliche, statt vor allen Dingen die Frage nach der Rechtmäßigkeit aufzuwerfen. Sie glaubten, wie es war, so müsse es seyn, und was so lange schon gegolten, daran dürfe man nichts ändern. So wahr ist es, was Göthe im Faust sagt:

Es erben sich Gesetz und Rechte
wie eine ew'ge Krankheit fort. —

Zwar scheint Voet von der cura prodigi sehr eingenommen zu seyn[41]: allein in seine Lobrede kann ich nicht einstimmen.

---

[41]) *Voet* ad tit. Dig. de curat. fur. §. 6. Cum paulatim apud Romanos cresceret opulentia, simulque pro aucta opum mensura diminueretur laudabile frugalitatis studium, majoribus seculo severiore tantopere comprobatum, et ab avita parcimonia posteris discedentibus, usque adeo luxus invalesceret, ut merito metueretur, futurum, ut luxuria, opulentiae filia, matrem esset devoratura, et plerique in patrimoniis amplis helluantes, familiam pecuniamque prandiorum gurgitibus proluturi essent, sapientissime huic malo legislatores Romani censuere obviam eundum, ac certis finibus effervescentem luxuriae aestum coërcendum, latis pluribus legibus sumtuariis, quas ordine recensitas vide apud Gellium *noct. Attic. libr.* 2. *cap.* 24. et Rosinum *antiquit. Roman. libr.* 8. *part.* 2. *cap.* 13. adde Argentraeum *ad consuet. Brit. art.* 491. *gloss.* 1. Et licet hae situ ac senio obliteratae identidem, seculis delicatioribus quieverint omnino atque dormiverint, quia ta-

Nur wenn Jemand sein Vermögen zu verwalten völlig unfähig, dabei auch nicht im Stande ist, selbst für sich zu sorgen und seinen Willen zu erklären, kann ein Einschreiten des Staats zu seinem eignen Besten gerechtfertigt werden. Aber Jemanden wider seinen Willen die Verwaltung seines Vermögens zu entziehen, ist selbst dann unerlaubt, wenn es zu seinem eignen Besten gereicht. Es ist dies ein gewaltsamer Eingriff in die Freiheit und das Eigenthumsrecht, ein Mißbrauch der Gewalt des Staats gegen einen ohnmächtigen Einzelnen und eine öffentliche Beschimpfung. Das heißt den Mann über seine Güter oder den Einzelnen für das Ganze aufopfern; und wenn hier Weisheit zum Grunde liegt, so ist sie nicht von der rechten Art; wenigstens kann Menschen gegen Menschen so etwas nicht erlaubt seyn. Aus eben diesem Grunde müßte man Jemanden hindern, müßig zu gehen, also die Zeit zu verschwenden, oder umgekehrt seine Kräfte zur Arbeit oder bei Erforschung der Wissenschaften oder auf andre Weise übermäßig anzustrengen. Man wehrt ja Niemanden, sein ganzes Vermögen zu verschenken; warum soll er es denn nicht nach und nach weggeben dürfen? Die Sorge für die Kinder des Verschwenders kann das Gesetz nicht rechtfertigen; denn abgesehen davon,

---

men perpetuo mansit comprobata regula illa, *expedire reipublicae, ne quis re sua male utatur.* §. *ult. in med. Inst. de his, qui sui vel alien. juris;* illud quoque in usu remansit, personis singularibus, quae nullum luxui modum ponerent, ad petitionem parentum aut aliorum propinquorum, decreto magistratus bonis interdici, ac curatorem dari.

daß auch Kinderlose für Verschwender erklärt werden können, hat einer keine Verbindlichkeit, sein Vermögen zum Vortheil seiner Kinder zu erhalten, die er auch ohne das durch Arbeit ernähren kann. Nicht nur ist die Sache an sich verwerflich, sondern nebenher ist auch noch die Frage, ob Jemand als Verschwender zu betrachten sey, sehr schwierig. Es ist so schwer, auszumitteln, ob Jemand wirklich Verschwender sey, der Begriff eines Verschwenders selbst so unbestimmt, daß man hier beständig in Gefahr ist, eine doppelte Ungerechtigkeit zu begehen.

Sich zeitlicher Güter zu entäußern, darin liegt auch im Allgemeinen nichts Unsittliches. Wie manche haben eine Ehre und einen Ruhm darein gesetzt, arm zu seyn? Man zwingt ja Niemanden, Güter zu erwerben; wie mag man begehren, daß Jemand wider seinen Willen das Erworbene an sich halte? Am wenigsten könnte doch eine Unsittlichkeit dieser Art den Staat berechtigen, einzuschreiten, und vollends sogleich mit Entziehung der Vermögens-Verwaltung auszufallen, welches nicht viel besser ist, als das Vermögen selbst nehmen. Denn wozu hat man Güter, als um sie zu gebrauchen, und was helfen alle Schätze, wenn man ihrer nicht froh wird und nicht nach Willkür darüber verfügen darf.

In der That, wenn sein Vermögen unter die Leute bringen ein Uebel ist, was es doch höchstens für den Einzelnen ist, dies Heilmittel ist viel schlimmer, als das Uebel selbst.

Gereicht also die Einführung der cura prodigi dem Gesetzgeber zur Ehre? Mir scheint es, es würde ihm

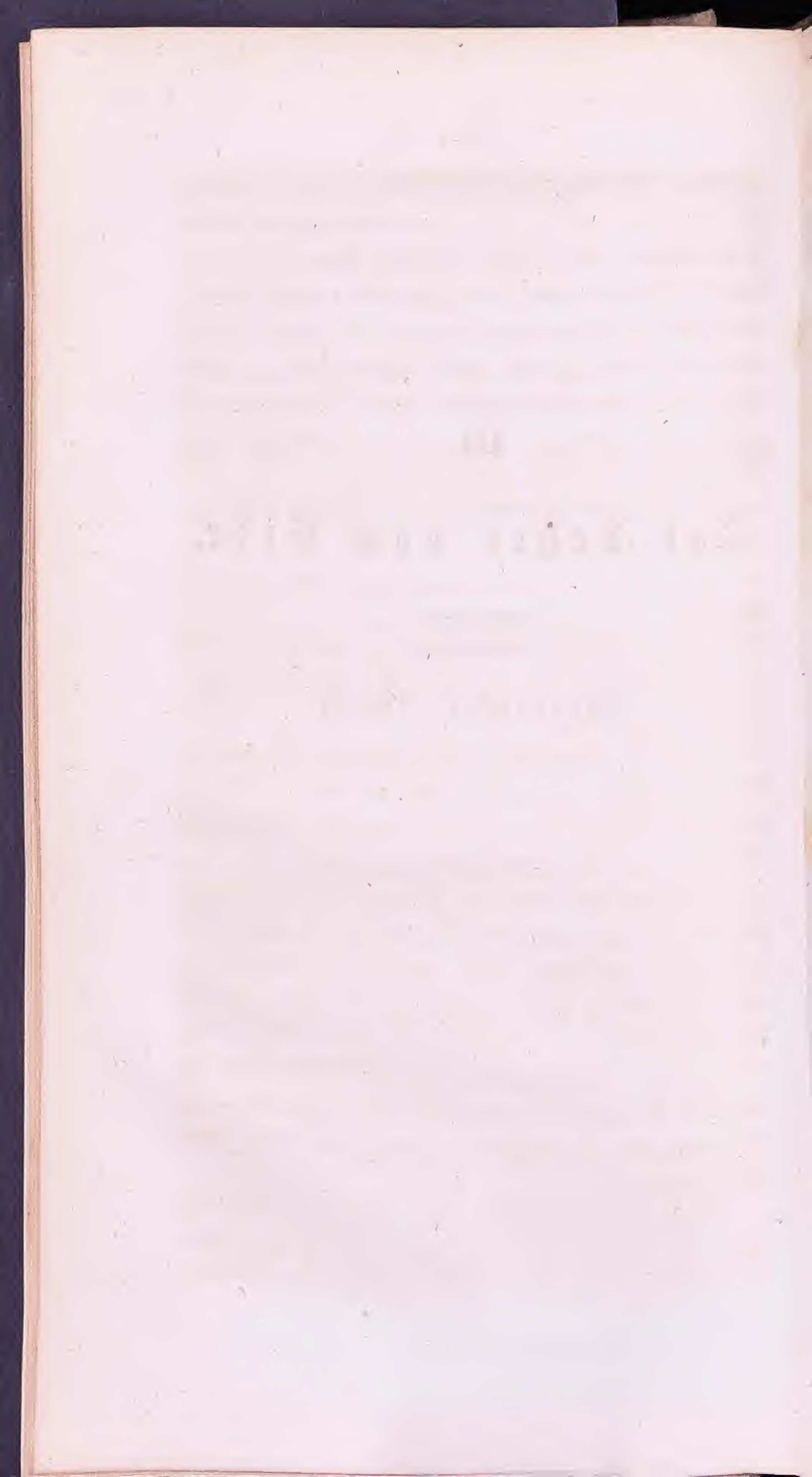
zur Ehre gereichen, sie aufzuheben und das Vermögen wieder frei zu geben.

Selbst wenn Jemand wegen seiner verschwenderischen Lebensart freiwillig sich unter Curatel begeben wollte, müßte der Staat zu einer solchen Herabwürdigung die Hände nicht bieten, und ein Benehmen dieser Art müßte von einem solchen Staat eine hohe Meinung erwecken.

III.

Zur Lehre vom Eide.

(September 1825.)



I.

Ueber den Einfluß promissorischer Eide auf die Rechtsbeständigkeit der Geschäfte.

Der Eid, als eine oratio accessoria, schmiegt sich an das Hauptgeschäft an; er richtet sich, wie die Rechtsgelehrten einmüthig lehren, nach der Natur desselben und kann die vorhandene Verbindlichkeit zwar verstärken, aber keine neue hervorbringen. Daher bleibt ein ungültiges Geschäft, des hinzugekommenen Eides ungeachtet, was es ist, — ungültig.

Diesen aus der Natur der Sache geschöpften Grundsatz erkennt auch das Römische Recht für gültig an; denn nach Römischem Recht bewirkt der hinzugekommene Eid nicht, daß der Vertrag oder das Versprechen gültig wird; vielmehr ist der Eid unverbindlich, wenn es der Vertrag oder das Versprechen selber ist. Es folgt dies aus L. 7. §. 16. D. de pactis und mehr noch aus dem Schweigen des Römischen Rechts über diesen Punkt.

Allein das Canonische Recht stellt den Grundsatz auf: in Hinsicht auf die salus aeterna muß man jedes eidliche Versprechen erfüllen, wenn man es anders

erfüllen kann, ohne eben durch die Erfüllung sein Seelenheil zu gefährden. Omne juramentum servandum, quod salva salute aeterna servari potest. Namentlich in folgenden beiden Fällen will das Canonische Recht, daß man seinen Eid halten soll. Erstens wenn eine Ehefrau in die Veräußerung ihres zum Brautschatz gehörigen Grundstücks eingewilligt und eidlich versprochen hat, den Handel nicht anfechten zu wollen [1]. Zweitens wenn Jemand einer künftigen Erbschaft eidlich entsagt [2]. Allein auf diese beiden Fälle ist jener Satz nicht einzuschränken; es liegt dabei eine allgemeine, deutlich ausgesprochene, Regel zum Grunde, welche nur auf jene beiden, dem Pontifex gerade vorgekommenen, Fälle angewandt ist. Es bedarf hier auch keiner ausdehnenden Erklärung und keines Berufens auf den Usus; denn es versteht sich, was als allgemeine Regel gegeben ist, muß auch als allgemeine Regel befolgt werden. Vorausgesetzt wird dabei, daß der Eid an sich gültig, daß er nicht durch erregte Furcht erzwungen, der Schwörende auch nicht durch Betrug oder Hinterlist dazu verleitet sey [3]. Was jedoch erzwungene Eide betrifft, so sind Eide, die Jemand wider Willen, z. B. um sein bedrohtes Leben zu retten, abgelegt hat, nicht eigentlich ipso jure ungültig; sondern es ist eine Entbindung vom Eide, eine *relaxatio juramenti* (durch den Papst) erforderlich [4]. Es bindet auch ein solcher Eid nicht, der auf etwas gerichtet ist,

---

[1]) Cap. 28. X. de jurejurando cap. 2. de jurejur. in 6to.

[2]) Cap. 2. de pactis in 6to.

[3]) Cap. 28. X. de jurejur.; cap. 2. de pactis in 6to.

[4]) Cap. 1. 2. 15. X. de jurejur. Was über relaxatio juramenti bei den Protestanten Rechtens ist s. J. H. *Boehmer* Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 24. §. 53.

was nicht von der Willkür des Schwörenden abhängt [5]). Auch geht die Verbindlichkeit des Eides nicht auf solche, die zum Nachtheil eines Dritten gereichen; Eide dieser Art sind durch das Canonische Recht ausdrücklich ausgenommen [6]).

So weit hat die Sache keine Schwierigkeit. Aber die Rechtsgelehrten stellen einen Unterschied auf, der mit jenem Grundsatz: Omne juramentum servandum est, quod salva salute aeterna servari potest, nicht recht in Einklang zu bringen ist und mir verwerflich zu seyn scheint. Sie unterscheiden nämlich zwischen Geschäften, die um des gemeinen Besten willen absolut verboten, und solchen, die bloß zu Gunsten des Schwörenden ungültig sind. Bei jenen soll der Eid ohne Wirkung seyn; diese hingegen sollen durch den Eid tanquam ex nova causa gültig werden.

Es gibt freilich Fälle genug, da die Gesetze gewisse Handlungen oder Geschäfte nicht geradezu verbieten, sondern sich begnügen, sie für ungültig zu erklären. Indessen liegt doch auch dabei ein gesetzliches Verbot zum Grunde und die Gesetze haben nur die Wirkung namhaft gemacht, die Ursache aber verschwiegen.

Auf allen Fall kann die Verschiedenheit zwischen absolut verbotenen und zu Gunsten des Schwörenden ungültigen Geschäften, wenn es auch keine bloße Verschiedenheit der Form wäre, hier von keinem Einfluß seyn. Es kommt vielmehr, nach meinem Ermessen, hier bloß darauf an, daß man unterscheide, ob es von dem freien Willen des Schwörenden abhängt, die Handlung, wel-

---

[5]) J. H. *Boehmer* Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 24. §. 24.

[6]) Cap. 28. de jurejur. in 6to; cap. 2. de pactis in 6to.

cher er durch den Eid entsagt, zu unterlassen oder nicht. Hängt sie von seiner Willkür ab, so muß er sie, nach den Ansichten des Canonischen Rechts, unter allen Umständen unterlassen, damit der Eid unverletzt bleibe und sein Gewissen nicht beschwert werde. Dies ist die einzige Rücksicht, welche nach Canonischem Recht hier in Betrachtung zu ziehen ist. Die Heiligkeit des Eides macht jede Ausnahme verwerflich, die nicht den obersten Grundsatz: das Gewissen darf nicht beschwert werden, unverletzt erhält oder eben aus diesem Grundsatz von selbst fließt. Durch die Worte: Omne juramentum servandum, quod salva salute aeterna servari potest, ist dies auf unverkennbare Art ausgedruckt. Vermöge dieses Grundsatzes bindet jeder an sich gültige Eid, nur derjenige nicht, welcher den Schwörenden zu einer ihm unerlaubten Handlung oder Unterlassung verpflichtet, mithin von ihm nicht erfüllt werden kann, ohne, nach der Ansicht des Canonischen Rechts, sein Seelenheil zu gefährden. Der Eid ist, wie der Pontifex sagt, nicht eingeführt, damit er ein vinculum iniquitatis sey [7]). Dazu kann sich Niemand verbindlich machen, die Gesetze zu übertreten; wo es aber ohne Uebertretung der Gesetze abgehen kann, muß der salus aeterna alles Irdische weichen. Dieses, denke ich, war die echte Meinung der Päpste.

Von den beiden ausdrücklich genannten Fällen, in welchen nach Canonischem Recht der Eid gehalten werden soll, beweiset der zweite nichts und der erste bestärkt die gewöhnliche Meinung so wenig, daß er vielmehr dazu dienen kann, sie als verwerflich darzustellen.

---

[7]) Cap. 8. X. de jurejur.

Das Gesetz, welches will, daß Männer die Grundstücke ihrer Frauen nicht veräußern dürfen, die zum Brautschatz gehören; dies Gesetz gehört so gut zu verbietenden wie irgend ein anderes. Das Grundstück soll der Frau erhalten bleiben und nicht einmal mit ihrer Einwilligung veräußert werden dürfen [8]). Und dennoch kann die Frau die Veräußerung nicht anfechten, wenn sie die an sich bekanntlich nicht bindende Einwilligung mit einem Eide bekräftigt hat.

Und sehen wir die Fälle an, welche die Ausleger zum Beweise des Satzes, daß bei absolut verbietenden Gesetzen der Eid keine Kraft habe, anzuführen pflegen, so werden wir darunter keinen einzigen finden, der ihre Meinung zu bestätigen und jene Unterscheidung zu rechtfertigen tauglich wäre, wol aber solche, wodurch sie widerlegt werden.

1. Wenn Personen geistlichen Standes sich der weltlichen Gerichtsbarkeit mittelst Eides unterworfen haben, so gilt ein solcher Eid nicht [9]). — Das räume ich ein; aber der Grund ist nicht in der Natur des Gesetzes zu suchen, sondern in der Natur der Handlung. Nämlich darin, daß ein solcher Eid auf etwas gerichtet ist, was den Geistlichen verboten ist. Es wird also dadurch jener Satz bestätigt, daß der Eid nicht zu unerlaubten Handlungen verpflichtet.

2. Das Canonische Recht erklärt einen Eid für nicht verbindlich, wodurch Jemand versprochen hat, gegen einen andern kein Zeugniß abzulegen [10]). Der Grund

---

[8]) L. un. §. 15. C. de rei ux. act.

[9]) Cap. 12. X. de judic.

[10]) Cap. 18. X. de testib. et attest.; cap. 4. X. de testib. cog.

liegt abermahl nicht darin, daß ein absolut verbietendes Gesetz im Wege steht, wovon hier gar nicht die Rede ist, sondern ein solcher Eid ist auf etwas gerichtet, was gar nicht von der Willkür des Schwörenden abhängt. Der Eid würde auch, sollte er gehalten werden, zum Nachtheil eines Dritten gereichen und die Gerechtigkeit dadurch nicht befördert, sondern unterdrückt werden.

3. Besonders pflegt man sich zur Bestärkung der gewöhnlichen Theorie auf eine Stelle des Canonischen Rechts zu berufen, worin eine eidlich bestärckte lex commissoria für ungültig erklärt wird. Diese Stelle ist *cap. 7. X. de pign.* Es hatte Jemand gewisse Güter sub lege commissoria verpfändet und die Schuld zur Verfallzeit nicht getilgt. Wiewol er nun eidlich versprochen hatte, nicht gegen den Vertrag handeln zu wollen, so erklärt dennoch der Papst, daß er, der beschwornen lex commissoria ungeachtet, seine Güter wieder einzulösen berechtigt sey. Allein daß der Eid nicht im Wege stand, bewirkte nicht das gesetzliche Verbot der lex commissoria, dessen nur nebenher und obenhin gedacht wird, sondern der Umstand, daß dem Schuldner, wegen nicht geleisteter Zahlung, gültige Entschuldigungsgründe zur Seite standen. Er hatte, wie der Pontifex ausdrücklich sagt, alles gethan, was von ihm abhing, sein Versprechen zu erfüllen, hatte vor Ablauf der bestimmten Zahlungsfrist dem Gläubiger das Geld übersandt, der untreue Bote es aber nicht abgegeben; er selbst war späterhin durch kaiserliche Majestät gefangen gehalten, hatte große Gefahren und Mühseligkeiten erdulden müssen und seinem Gläubiger nicht gerecht werden können; kurz, er war nicht wirklich *in mora* gewesen; und aus diesem

Grunde, nicht aber wegen der Ungültigkeit eines solchen Eides, ward er für befugt erklärt, von dem Gläubiger, sobald dieser befriedigt seyn würde, sein verpfändetes Grundstück zurückzufordern. J. H. Böhmer selbst räumt dieses ein in Widerspruch mit dem, was er früher [11]) behauptet hatte. Er bemerkt nämlich [12]) Folgendes: *Unica ratio decidendi fuit, quod debitor in mora solvendi non fuerit*, quam lex commissoria, etiam jurata, praesupponit. Non ergo inde colligi potest, legem commissoriam, juramento firmatam, vim habere: quae quaestio, a pontifice insuper habita, aliunde decidenda.

4. Das Canonische Recht haßt und verbietet bekanntlich die Zinsen, und dennoch, wenn Jemand eidlich versprochen hat, dergleichen zu bezahlen, bindet ihn nach Canonischem Recht der Eid [13]). Er muß die Zinsen bezahlen, seinen Eid nicht brechen. Es soll ihm indessen frei stehen — die bezahlten wiederzufordern [14]). Kurz, alles geht dahin, daß Eide gehalten werden müssen. Eben so erhellet aus cap. 20. X. de jurej., daß einer, der übermäßige Zinsen bezahlt und eidlich versprochen hat, sie nicht zurückzufordern, an seinen Eid gebunden sey. Zwar leitet J. H. Böhmer [15]) aus dieser Stelle gerade das Gegentheil ab. Noch ehe ich die Stelle selbst las, schöpfte ich schon Verdacht. Es schien mir unmöglich und ganz gegen den Geist des Canonischen Rechts, daß sich ein solches Dogma darin finden sollte. Und als ich die Stelle selbst ansah, fand

[11]) Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 24. §. 25.

[12]) In der Note 88. zum cap. 7. X. de pign.

[13]) Cap. 6. X. de jurejur.

[14]) Cap. 6. X. de jurejur.

[15]) Jus eccl. Prot. c. l. §. 24.

ich meinen Verdacht bestätigt. Jemand hatte usuras non modicas genommen und sich vom Schuldner eidlich versprechen lassen, daß er sie nicht zurückfordern wolle. Als es aber ans Sterben ging, erinnerte er sich, es sey sündlich, Zinsen und zumal übermäßige zu nehmen, und er verordnete in seinem Testament, der Erbe solle sie zurückzahlen. Der Schuldner wagte es indessen nicht, sie zurückzufordern, um seinen Eid nicht zu brechen. Indessen entschied der Papst, er könne sie, ungeachtet des Eides, zurückfordern. Allerdings konnte er das, bei diesen veränderten Umständen, ohne sein Gewissen zu verletzen; sie waren ihm ja nun vermacht und er erhielt sie mit und nach dem Willen des ehemaligen Empfängers zurück. Daher heißt es in der vorangeschickten Summa: Jurans, usuras non repetere, potest, juramento non obstante, *ex nova causa* repetere. Mithin beweiset die Stelle den von mir aufgestellten Satz und widerlegt die Meinung Böhmer's, die sie beweisen sollte.

Es bleibt also dabei, daß Eide eben so wohl bei absolut verbotenen Geschäften, als bei solchen, die bloß zu Gunsten des Schwörenden ungültig sind, gehalten werden müssen. Es sollte freilich nicht erlaubt seyn, durch Eide die gesetzlichen Verordnungen umgehen zu dürfen; aber wenn der Eid in dem einen Fall bindet, muß er in dem andern dieselbe Wirkung äußern.

Statt dessen muß man, wie gesagt, nicht auf die Natur des Gesetzes sehen, sondern auf die der Handlung; man muß unterscheiden, ob die durch den Eid übernommene Verpflichtung erfüllt werden kann, ohne daß der Schwörende die Gesetze übertritt und unerlaubt handelt — oder nicht; im erstern Fall ist der Schwörende an den

Eid

Eid gebunden, im letztern hat er nicht nöthig, den Eid zu halten; ja er darf es nicht einmal. Mithin ist die gewöhnliche Unterscheidung verwerflich, oder wenn sie haltbar ist, so ist sie es nur, wenn man sie in dem hier angegebenen Sinne nimmt.

Hiernach ist es auch richtig, was J. H. Böhmer lehrt [16]), daß der Eid den Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Form bedeckt. Nämlich, weil der Schwörende nicht nöthig hat, das Geschäft anzufechten, sondern es nur von seinem Willen abhängt, es gelten zu lassen, darf er nicht gegen seinen Eid handeln. Wenn daher z. B. Jemand über 500 solidos verschenkt, die insinuatio judicialis unterblieben ist, und er die Schenkung mit einem Eide bekräftigt hat, so kann er nach jenem Grundsatz des Canonischen Rechts das Uebermaß nicht zurückfordern; der Eid hindert ihn daran. Mehrere Beispiele anzuführen, ist überflüssig.

Woher mag wol die gewöhnliche hier bestrittene Lehre entstanden seyn? Vielleicht aus der vorangeschickten Summa der auf diese Materie sich beziehenden Hauptstelle des Canonischen Rechts, nämlich des Cap. 28. X. de jurej. Diese Summa lautet also: Juramentum praestitum super actu a lege infirmato principaliter favore jurantis, licet secundario in favorem publicum, necessario est observandum: si non vi, nec dolo, fuit praestitum, et in alterius praejudicium principaliter non redundat. Allein, wenn auch erklärt, bestärkt wird die gewöhnliche Meinung dadurch nicht. Es wird nicht unterschieden zwischen Geschäften, die absolut verboten, und andern, die zu Gunsten des Schwörenden ungültig sind, sondern es wird bloß bemerkt, daß Eide über

16) C. I. §. 28.

Handlungen, die zunächst zum Vortheil des Schwörenden und hinterher (secundo loco) zum Vortheil des Staats für unkräftig erklärt sind, gehalten werden müssen. Entgegenstehen würden solche Geschäfte, die bloß zum Vortheil des Staats für unkräftig erklärt sind, und durch argumentum a contrario ließe sich annehmen, daß bei diesen das Gegentheil gelten solle. Es scheint hiernach, daß schon die Glossographen das, worauf es hier ankommt, nicht deutlich eingesehen oder sich nicht richtig ausgedruckt haben. Am Ende dürften aber beide Unterscheidungen zusammentreffen; wenigstens wüßte ich nicht, welche andere Geschäfte unter denen, die bloß zum Vortheil des Staats verboten sind, gemeint seyn könnten, als diejenigen, welche zu künftigen Handlungen verpflichten, die der Handelnde überhaupt nicht vornehmen, und wozu er also sich auch nicht eidlich verbindlich machen kann.

II.

Ueber die Verbindlichkeit des Eides bei ungültigen Rechtsgeschäften für den Erben.

Die Verbindlichkeit des Eides nach Canonischem Recht in Fällen, wo der Eid nach der Vernunft und den Römischen Gesetzen nicht verbindlich seyn würde, ist keinesweges, wie einige geglaubt haben, bloß Gewissenssache, sondern es findet deshalb äußerlicher Zwang in foro externo und Klage und Einrede Statt [1]). Aber darüber herrscht ein alter Streit unter den Rechtsge-

[1]) Deutlich erhellet dies aus cap. 2. de jurej. in 6to. S. Boehmer jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 2. §. 36.

lehrten, ob die Verbindlichkeit des Schwörenden sich auf seine Person beschränkt, oder ob sie dem Erben gleichfalls obliegt, wenn jener sie etwa bei seinem Leben nicht erfüllt haben sollte. J. H. Böhmer [2]) behauptet, auch der Erbe sey aus einem solchen Vertrage oder Versprechen, gleich dem Erblasser, verbunden; aber die Gründe, die er dafür anführt, sind herzlich schwach. Der Erbe könne nicht mehr Recht haben, wie der Erblasser; — ein Recht, welches in der Person des Erblassers einmal erloschen sey, könne für den Erben nicht wieder aufleben; — die Verbindlichkeit des Vertrags, welche durch den Eid einmal begründet sey, daure nach dem Tode des Schwörenden auch für den Erben fort, und dieser könne die Handlungen seines Erblassers nicht anfechten.

Bei Gemeinplätzen will ich mich nicht aufhalten und nur so viel sagen: Hätte das Canonische Recht wirklich verordnet, daß ein ungültiger Vertrag durch den hinzugekommenen Eid tanquam ex nova causa gültig werde, so hätte Böhmer ganz Recht, und es würde überhaupt wol Niemanden eingefallen seyn, das Gegentheil zu behaupten. Da jenes Dogma aber den Rechtsgelehrten angehört und eine bloße Redensart der Schule ist, so ist es besser, wenn wir sie ganz aus dem Spiel lassen.

Die Sache ist ganz einfach diese. Das Canonische Recht erklärt ein Versprechen keinesweges deshalb für gültig, weil es mit einem Eide beſtärkt ist; es nimmt nur Anstoß daran und will verhütet wissen, daß Jemand seinen Eid breche. Jeder soll seinen Eid halten, wenn er ihn halten kann, ohne sein Gewissen zu verletzen. Die Verbindlichkeit, die durch den Eid hervorgebracht

[2]) C. l. §. 39.

wird, ist also rein persönlich und beschränkt sich auf den Schwörenden. Der Erbe, der nicht geschworen hat, kann keinen Eid brechen und sein Seelenheil wird nicht gefährdet, wenn er ein von dem Erblasser mit einem Eide bestärktes Versprechen als ungültig ansicht. Zum Ueberfluß hat auch der Pontifex durch die von ihm gewählten Ausdrücke deutlich genug zu erkennen gegeben, daß seine aus Vorsorge für das Seelenheil geflossene, mithin nur auf den Schwörenden sich beziehende, Verordnung sich bloß auf die Person desselben beschränkt. Denn es heißt im Cap. 28. X. de jurejur.:

Etsi mulierum consensus in talibus non videatur obligatorius secundum legitimas sanctiones, ne tali tamen praetextu viam contingat perjuriis aperiri, mulieres *ipsae servare debent hujusmodi juramenta*, sine vi et dolo, sponte praestita: cum in alterius praejudicium non redundent, nec observata vergant in dispendium salutis aeternae. Dieselbe Meinung wie J. H. Böhmer hat auch dessen Sohn G. Ludwig [3]) und beruft sich deshalb auf cap. 6. X. de testam. Allein diese Stelle handelt nicht von demjenigen, was der Erblasser versprochen, oder wozu er sich verbindlich gemacht, sondern was er in seinem Testament verordnet hat, ingleichen von der Verbindlichkeit des Erben, den Willen des Testators zu erfüllen und den gegen ihn anzuwendenden Zwangsmitteln. Sie gehört also gar nicht hierher [4]).

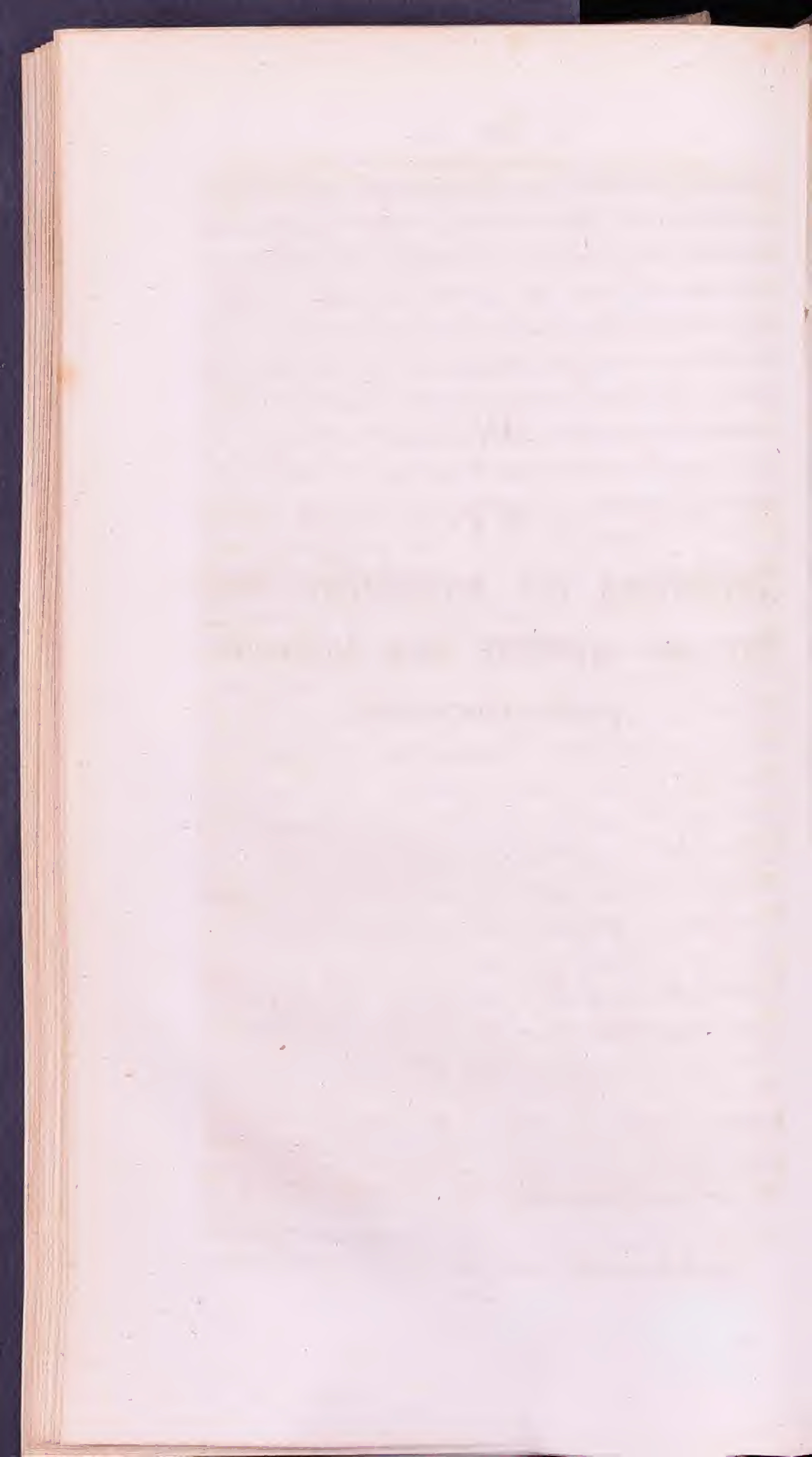
[3]) Princ. jur. can. §. 338.

[4]) S. übr. über diese Streitfrage *Müller* ad *Struv.* synt. tit. de jurej. §. 25. *Perez* Prael. in Cod. lib. 2. tit. 28. Nr. 8. Weber über die Rückanwendung der Gesetze, Note 58. S. 211 111. Diese beschränken die Wirkung des Eides auf die Person des Schwörenden. Entgegengesetzte Meinungen hegen *Merenda* lib. 1. controv. c. 8. num. 8. seq. *Carpzov.* P. 2. c. 36. D. 7. nr. 4., die beiden Böhmer u. s. w.

IV.

Von

Verwerfung des verdächtigen Richters und besonders vom Juramento perhorrescentiae.



§. 1.

Unsere Gesetze, welche die Menschen nehmen, wie sie sind, und ihnen im Allgemeinen nicht über den Weg trauen, besonders wenn Pflicht mit Vortheil und Neigung in Streit gerathen, suchen vor allen Dingen zu verhüten, daß etwa gar die Gerechtigkeitspflege zu Privatzwecken benutzt und das wichtige Richteramt auf diese Art gemißbraucht werde. Sie gewähren daher streitenden Theilen die Wohlthat, den ihnen angewiesenen Richter unter gewissen Bedingungen als verdächtig verwerfen zu dürfen; ein nöthiges Schutz- und Vertheidigungsmittel gegen Ungerechtigkeit, welche unter dem Schein des Rechts verübt wird. Papst Innocenz III. bemerkt [1]), es sey gefährlich, vor einem verdächtigen Richter zu streiten, und darin wird ihm, ganz von seiner Würde und Unfehlbarkeit abgesehen, alle Welt beistimmen. Und, ist es erlaubt, neben einer solchen Auctorität diejenige eines unberühmten Rechtsgelehrten zu stellen, so druckt Lauterbach sich fast noch stärker darüber aus, wenn er sagt, es könne einem kein größeres Unheil begegnen, als einen Richter zu

---

[1]) C. 5. X. de exc.

haben, welcher Partei nimmt gegen uns. Nihil gravius accidere potest, quam sub judice suspecto litigare [2]).

Zwar ein rechter Richter wird sich genau zwischen den streitenden Theilen in der Mitte halten; so wenig wird er nach der einen Seite eine Neigung haben, daß vielmehr der Kläger und der Beklagte bloße Namen für ihn sind, so, als wäre der eine mit A. und der andere mit B. bezeichnet. Aber die Richter haben neben ihrer richterlichen auch noch die Eigenschaft, Menschen oder Privatpersonen zu seyn, die mit andern auf mancherlei Art in Berührung kommen; Eigenschaften, die sich zwar in der Idee, aber nie in der Wirklichkeit, trennen lassen, und von denen die eine gar leicht von einem schädlichen Einfluß auf die andere seyn kann.

Die Wohlthat der Berufung an einen höheren Richter kann die recusatio judicis nicht ersetzen. Es ist eben kein Vortheil dabei, wenn man genöthigt ist, sich erst an den Oberrichter zu wenden, daß er die Fehler wieder gut mache, die der Unterrichter begangen hat. Vielleicht ist der Oberrichter nicht geneigt, Urtheilssprüche wieder aufzuheben, die er doch nicht gefällt haben würde. Andere Fälle gibt es, wo die Berufung an einen Oberrichter nicht Statt findet, weil die Sache bei diesem Richter in erster und letzter Instanz entschieden wird. Ja, vielleicht ist der Oberrichter selbst derjenige, den die Partei als verdächtig verwerfen will; denn bekanntlich kann man auch einen Oberrichter als verdächtig verwerfen. Und endlich — das ist eine Hauptbetrachtung — können die Fehler, die der Unterrichter begangen hat, nicht immer völlig, oft gar nicht, vom Oberrichter wie-

---

[2]) *Lauterbach* Coll. theor. | pract. tit. de jud. §. 39.

der gut gemacht werden. Dem Urtheil ging eine Untersuchung oder Erörterung des Streits voran, und auf diese konnte der Einfluß des Richters sehr nachtheilig wirken; die Sache ward durch den parteiischen Richter vielleicht im Zuschnitt verdorben. Besonders ist Gefahr zu besorgen, wo die Selbstthätigkeit des Richters größer ist, als gewöhnlich, z. B. bei Besichtigungen, beim Zeugenverhör. Was ist wichtiger im Prozeß als der Beweis, da es bekanntlich einerlei ist, kein Recht haben und es nicht beweisen können, was beim Beweise wichtiger als das Zeugenverhör, und was beim Zeugenverhör wünschenswerther als Redlichkeit des Richters, von welchem in Abwesenheit der Parteien so viel, ja alles, abhängt. Daher ist es gut, daß streitende Theile das Recht genießen, einen verdächtigen Richter für diese Sache außer Thätigkeit setzen zu können. Dem Richter selbst kann es in manchen Fällen lieb seyn, daß er durch dieses Mittel außer Stand gesetzt ist, sein Amt zu verwalten, wo es ihm schwer werden würde, den Einfluß äußerer Umstände, die ohne sein Wissen auf ihn wirken können, gänzlich zu entfernen. Die recusatio judicis ist also nicht bloß Wohlthat für die Partei, sie kann auch zur Wohlthat werden für den Richter, welcher dadurch der Verlegenheit, z. B. unrecht zu handeln oder den Freund zu erzürnen, der Gefahr, unwissend zu fehlen, und — wenigstens dem Verdacht entgeht. — Hier bietet sich zugleich für die Partei das Mittel dar, den Verwerfungsantrag schonend einzukleiden.

Die Verwerfung eines verdächtigen Richters ist also nicht bloß für denjenigen wünschenswerth, welcher besorgen muß, daß der Richter seinem Gegner mehr geneigt seyn möchte, sondern sie ist es auch für den

Richter, ja bisweilen wol gar für diesen Gegner selbst. Denn, hat der Richter Grund, den einen zu hassen, oder den andern zu lieben, so kann es seyn, daß die Besorgniß, gegen den Feind oder für den Freund ungerecht zu handeln, ihn dahin bringt, es für den Feind und gegen den Freund wirklich zu werden. Er wird vielleicht das für ungerecht halten, was dem Feinde schädlich oder dem Freunde vortheilhaft ist. Indem er, voll ängstlicher Besorgniß, die eine Klippe vermeiden will, geräth er auf die andere. Und was die Besorgniß der Ungerechtigkeit nicht thut, das thut vielleicht die Besorgniß des Verdachts [3]).

§. 2.

Es ist nicht nur wünschenswerth, daß man einen verdächtigen Richter verwerfen kann, sondern es ist auch gut, wenn eine Partei nicht nöthig hat, die Gründe des Verdachts anzugeben und zu beweisen, sondern der Eid den Mangel von Beidem ersetzt. Jedermann kennt das juramentum perhorrescentiae. Was ihm entgegensteht, ist, daß hier die Verwerfung des Richters von der Meinung oder subjectiven Ueberzeugung der Partei abhängig gemacht wird. Diese kann auf Irrthum beruhen, und ein unverwerflicher Richter an seiner Amtsthätigkeit gehindert werden. Abgerechnet, daß solches

[3]) Etwas Aehnliches hat auch schon ein mit großem Unrecht vergessener Schriftsteller, der zu unseren geistreichsten gehört und besonders auch in Hinsicht auf die Schreibart klassisch genannt werden kann, gesagt, nämlich Rabener. Keine Parteilichkeit, sagt er, ist gefährlicher, als diejenige, welche die Richter begehen, um unparteiisch zu scheinen. Rabener Satyren. Bd. 3. S. 172.

auch bei einem andern Verfahren, wenn gleich weniger, möglich ist, so scheint es, der erwähnte Nachtheil sey so groß nicht, daß er nicht durch den möglichen Nutzen auf der andern Seite überwogen würde. Nicht zu gedenken, daß die Umstände, welche den Verdacht erwecken, bisweilen von der Art sind, daß sie dem Richter nicht zur Ehre gereichen, ist der Beweis der Verdachtsgründe oft unmöglich, oft wenigstens sehr schwer, und wenn er verfehlt wird, so ist zu besorgen, daß durch dasselbe Mittel die Gefahr herbeigeführt oder vergrößert wird, wodurch sie vermieden werden sollte [4]). Oder es ist zweifelhaft, ob der Richter aus den angeführten Gründen wirklich der Parteilichkeit wegen verdächtig sey; denn bei dieser quaestio facti sind sehr verschiedene Ansichten möglich, und wir finden in den Schriften der Rechtsgelehrten, daß manche gewisse Gründe des Verdachts gegen den Richter aufführen, von welchen andere behaupten, daß sie keinen erwecken. In andern Fällen sind die Gründe, die den Verdacht erregen, so zart, daß sie sich nicht vor Gericht stellen lassen; sie gelten dort nicht, wie stark sie an sich auch sind, oder wie sehr auch die Partei vom Daseyn der Gefahr überzeugt ist.

§. 3.

Auf der andern Seite kann eine bloße Verwerfung nicht für genügend gehalten werden, so daß der Eid als unnöthig erschiene. Er setzt dem Leichtsinn einen Damm entgegen, und ist dabei schon als ein erschwerendes Hinderniß für den Zweck des Gesetzgebers hinlänglich. Der Erfahrung zufolge, wenigstens meiner,

---

[4]) Glück Erl. der П. Thl. 6. | S. 223.

ist dieß Hinderniß so wirksam, daß die Beispiele seines Gebrauchs nur selten vorkommen. Freilich mögen auch andere Gründe zu dieser Seltenheit mitwirken, als Unkunde des Rechts, Furcht, Haß zu erwecken und dergl. Bisweilen wird wol die wirkliche Ableistung dadurch vermieden, daß die Richter schon in Folge der bloßen Verwerfung sich der Sache enthalten. Als ob es von dem Willen eines Richters abhinge, seiner Amtspflicht Genüge zu leisten! Nur die wirkliche Ableistung des Eides kann ihm mit der Pflicht auch die Macht nehmen, in dieser Sache thätig zu seyn.

§. 4.

Bei allem dem kann der Eid — das juramentum perhorrescentiae — weder aus dem Römischen Recht hergeleitet werden, noch aus dem Canonischen. Das Römische Recht, das neuere, scheint mit der bloßen Verwerfung zufrieden zu seyn und weiter gar nichts zu begehren [5]). Das Canonische erfordert Anführung von Gründen und Beweis derselben [6]). Und Niemand wird zweifeln, daß dieß, wenn man bloß auf Rechtsgründe sieht, das Richtige sey. Daß auch namentlich im cap. 11. de rescriptis in 6to vom juramento perhorrescentiae oder demjenigen, was wir darunter verstehen, die Rede nicht sey, lehrt der Augenschein, obgleich selbst Weber noch den Eid aus jener Quelle ableitet [7]).

---

[5]) L. 16. L. ult. C. de jud. *Schulting* de recus. jud. suspecti cap. 8. §. 1. sq.

[6]) Cap. 41. X. de appellat. cap. 27. et 39. X. de off. et pot. jud. del.

[7]) Erläuterungen der Pandecten, erster Theil, §. 508.

Vielmehr ist es der Gebrauch, worauf der Eid beruht, und wonach selbiger den Mangel des Beweises bedeckt, und es selbst der Anführung von Gründen nicht bedarf. Aus Rechtsgründen das Letztere in Zweifel zu ziehen, ist vergeblich bei einer Sache, die gar nicht auf Rechtsgründen beruht. Man kann hiernach zweierlei unterscheiden:

1) recusatio judicis suspecti mit Anführung von Gründen und Beweis;

2) das juramentum perhorrescentiae. Zwischen diesen beiden Mitteln hat dann die Partei die Wahl.

Das juramentum perhorrescentiae macht Beides, so wohl Anführung, als Beweis von Gründen, unnöthig; ja es scheint nicht einmal vereinbarlich damit zu seyn. Denn, wenn Jemand schwört, daß er den Richter für verdächtig halte und dieß zulässig ist, es also bloß auf seine Meinung ankommt, wozu dann noch Anführung von Gründen? Man könnte einwenden, jene Meinung müsse doch auf Gründen beruhen, und die Anführung dieser Gründe setze den Richter in den Stand, zu prüfen, ob sie echt sind; im Fall er das Gegentheil finde, müsse er den Eid nicht zulassen. Das aber würde zu viel beweisen. Es würde daraus folgen, daß der Eid überflüssig sey, wenn im umgekehrten Fall der Richter die Gründe für erheblich erkannt habe. Der Eid geht nicht auf das Vorhandenseyn gültiger Gründe, sondern auf das Vorhandenseyn der Meinung. Daß der Richter die Gründe mißbilligt, hebt die Besorgniß der Partei nicht. Man verkennt das Wesen des Eides, wenn man ihn wie ein Beweismittel behandelt. Sehen wir ihn lieber aus dem Gesichtspunkt an, daß der Staat dem Einzelnen denjenigen

nicht zum Richter aufdringen will, dem er nicht trauet und von dem er dieß betheuert. Von seiner Aufrichtigkeit versichert der Staat sich durch den Eid.

§. 5.

Zu welchen Mißgriffen nicht die Sucht, antiquarische Gelehrsamkeit zur Schau zu tragen, verleiten kann! Unter Berufung auf einige Stellen des Cicero [8]) haben manche behauptet, nach dem alten Römischen Prozeß hätten die Parteien, wenn ihnen der Richter als verdächtig erschien, ihn mittelst Eides verworfen, wenigstens in gewissen Fällen. Selbst Schulting [9]) ist dieser Meinung und Stryck nimmt nicht Anstand, in dieser altrömischen ejeratio judicis den Ursprung unsers juramenti perhorrescentiae anzutreffen [10]), eine Meinung, die er freilich mit mehreren Andern gemein hat. Allein mit Recht bemerkt ein neuerer Schriftsteller, nämlich Malblank [11]), daß unter der ejeratio judicis hier nichts anderes zu verstehen sey, als eine einfache Verwerfung des Richters [12]). In der That kann dieß nicht einen Augenblick zweifelhaft seyn. Schwerlich würde man wol das bloße Wort *ejero* für hinlänglich gehalten haben zur Eidesleistung, auch sieht man nicht, wie es einer Abschwörung des Richters bedürfen konnte zu einer Zeit, wo die Parteien über die Person ihres

---

[8]) De oratore lib. 2. cap. 70. Philipp. 12. cap. 7.

[9]) C. l. cap. 8. §. 1. et cap. 11. §. 1.

[10]) *Stryck* dissertat. sistens proc. jur. Rom. antiquum cap. 2. §. 26.

[11]) Doctr. de jurej. §. 39. not. 59. et seq.

[12]) S. auch Adam's Röm. Alterthümer, übersetzt v. Meyer, zweite Aufl. Bd. 1. S. 535.

Richters mit einander überein kamen. Endlich zeigt schon das nolo, was dem ejero als gleichgeltend an die Seite gesetzt wird [13]), daß hier von einer bloßen Weigerung, den vom Gegentheil vorgeschlagenen Richter anzunehmen, die Rede sey.

§. 6.

Wie, Schulting! man könnte einen Richter auch wegen solcher Umstände verwerfen, die einen Mangel an Fähigkeit zum Richteramt bewirken, mag dieser Mangel geistiger oder leiblicher Art seyn? Ein Richter dürfte also verworfen werden, weil seine Einsicht schwach ist, seine Rechtskenntniß geringe, weil er zerstreuet ist, das Gedächtniß ablegt, Gesicht oder Gehör bei ihm sich verliert u. s. w. Wenig, sagst du [14]), wird ein streitender Theil, der seinen Prozeß ungerechter Weise verlor, sehr wenig wird er danach fragen, ob es dem Richter an Verstande, ob es ihm an gutem Willen gebrach. Freilich, das wird er nicht; und es ist nicht minder wahr, daß die Bekleidung mit dem richterlichen Amte die Fehler nicht verbessert, die der Person ankleben, obgleich ein bekanntes Sprichwort das Gegentheil versichert. Aber auf der andern Seite, wenn die Staatsgewalt Jemanden zum Richter ernennt, so hat sie ihn auch dazu für fähig erklärt, man kann hier anwenden, was bei anderer Gelegenheit [15]) Ulpianus sagt: Princeps, qui ei magistratum dedit, ei omnia gerere decrevit, und jene würde mit sich selbst im Widerspruch stehen, wenn sie den streitenden Theilen verstat-

---

[13]) *Plin.* panegyr. cap. 36.

[14]) L. all. cap. 8. §. 1.

[15]) L. 57. D. de re jud.

ten wollte, den als unfähig zu verwerfen, welchen sie im Allgemeinen für tauglich erklärt hat. Es könnte freilich seyn, daß jene Mängel sich erst in der Folge hervorgethan hätten oder daß sie gar erst in der Folge entstanden wären. Dann wäre es abermal die Sache der Staatsgewalt, den untauglichen Beamten von seiner Stelle zu entfernen. So lange sie ihn in seinem Amte bleiben läßt, muß er als fortdauernd fähig zur Verwaltung desselben behandelt werden.

Zwar wenn es sich von Mängeln handelt, die den Richter völlig unfähig machen, sein Amt in dieser Sache zu verwalten, damit ist es ein ganz anderes Ding; da freilich muß der Richter schon von selbst davon abstehen, thätig zu seyn. Hier aber ist von Fehlern die Rede, die ihn nur an der Vollkommenheit hindern oder die bei der Partei die Besorgniß erwecken, er möchte in der Verwaltung seines Amts durch Schuld fehlen. In Fällen der Art, glaube ich, würde es einer besonderen gesetzlichen Anordnung bedürfen, wenn der Partei das Recht zustehen sollte, den Richter deshalb zu verwerfen. Wie weit könnte ein solches Recht nicht ausgedehnt werden und wie schwer würde es in manchen Fällen seyn, die Wahrheit des Vorwurfs zu erforschen!

Die Lehre Schulting's scheint auch den Beifall der Rechtsgelehrten nicht gefunden zu haben. Ueberall, wenn sie von der Verwerfung des Richters reden, haben sie einen im Sinne, der ungleicher Gerechtigkeitspflege und eines fehlerhaften Willens wegen verdächtig ist.

§. 7.

Bei Beurtheilung der gesetzmäßigen Ursachen des Verdachts hat der Oberrichter keine andere Richtschnur, lehrt

lehrt Danz, als daß alles, was einen Zeugen unzulässig macht, auch einem Richter mit Grunde entgegengesetzt werden kann [16]). Sonderbar! einen Richter mit einem Zeugen zusammen zu stellen, deren Functionen so sehr von einander abweichen! Der Letztere soll sagen, was seiner Erfahrung nach geschehen ist, dieser handeln und urtheilen, wie es den Gesetzen gemäß ist. Und dann beim Zeugen wird die Glaubwürdigkeit desselben durch den Verdacht nur geschwächt; der Richter soll des Verdachts wegen aufhören, Richter zu seyn.

Scheint es nicht weit natürlicher zu seyn, wenn man, in Ermangelung gesetzlicher Bestimmung, das Urtheil darüber, ob ein hinlänglicher Grund zum Verdacht vorhanden sey, im Allgemeinen dem arbitrio judicis übergibt? Dieß ist auch die Meinung Schulting's [17]). So denken Hartmann, Pistor [18]) und Schaumburg, welcher schreibt [19]): Alii eum recusari posse dicunt, qui gravare potest, alii ea ad suspicionem contra judicem capiendam sufficere credunt, quae testem faciunt suspectum. Sed facile patet, *quaestionibus potius hoc argumentum arbitrariis annumeri, quam unica regula confici posse.* Lauterbach vereinigt gewissermaßen Beides. Nachdem er einzelne Verdachtsgründe aufgezählt, fährt er fort: quae autem reliquae sint justae recusationis causae, certa regula definitum non est et per consequens judicis ar-

---

16) Danz Grundsätze des ordentl. Proz. §. 24. S. 65. der Gönnerschen Ausgabe.

17) de recusat. jud. cap. 8. §. 5.

18) Pract. observat. lit. I. obs. 9.

19) Princ. prax. jur. jud. cap. 2. gen. §. 6. not. 2.

bitrio relinquendum [20]). Id tamen communiter receptum est, quod omnes causae, quae testem faciunt suspectum et ad illum rejiciendum sufficiunt, et judicem talem reddant, cum plerumque a judice majus sit periculum, quam a teste [21]). Allenfalls mag der Richter den Zeugenbeweis zu seiner Belehrung hin und wieder zu Hülfe nehmen, in so fern als dort auch von Gründen gehandelt wird, welche den Verdacht der Parteilichkeit erwecken.

Manche Verdachtsgründe haben das Gesetz für sich, andere sind von den Rechtsgelehrten als Beispiele aufgestellt.

Ein Richter kann als verdächtig verworfen werden, wenn er mit der einen Partei verwandt oder verschwägert ist [22]). Wie aber, wenn er es mit beiden ist und zwar gleich nahe? Hier würde der eine Verdacht den andern aufwiegen. Mit Recht bemerkt Struv [23]), nachdem er davon geredet hat, daß ein Richter wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft verworfen werden könne: Nisi utrique parti pari gradu junctus sit, tunc enim par affectionis causa amovet suspicionem. Indessen wird ein solcher Richter sich am liebsten mit dem Richteramt verschont sehen. Er kann ferner verworfen werden, wenn er feindlich gegen uns gesinnt ist, wobei es gleichgültig ist, ob er Grund hat, uns zu hassen oder nicht, ob die Feindschaft gerecht oder ungerecht ist; sie braucht auch nicht

---

[20]) L. 1. §. 2. D. de jure delib.

[21]) *Lauterbach* Coll. theor. pract. tit. de jud. §. 40.

[22]) Cap. 36. X. de appell.

[23]) Syntagma I. p. 531.

gerade inimicitia capitalis zu seyn [24]). Verdächtig ist besonders ein beleidigter Richter, selbst noch nach der Aussöhnung, wenigstens so lange die Beleidigung noch in frischem Andenken, noch kein Gras darüber gewachsen ist. Die Aussöhnung ist oft nichts, als Nachgiebigkeit gegen die Umstände, und wenn sie auch aufrichtig war, kann doch die Empfindung des Schmerzes über die Beleidigung wieder aufleben und auf die Handlungen des Richters von Einfluß seyn. Sodann kann ein Richter als verdächtig verworfen werden, wenn er der Freund unsers Gegners ist, wenn er genauen Umgang mit ihm hat [25]); sogar wenn er auch nur sein Tischgenoß ist [26]). Nach Canonischem Recht ist selbst das ein Grund, den Richter als verdächtig zu verwerfen, wenn man von einem Urtheil desselben in einer andern Sache appellirt hat [27]), nicht, als ob er durch dieß nachtheilige Urtheil sich verdächtig gemacht hätte, sondern eben weil man — von ihm appellirt hat. Die Besorgniß scheint nämlich zu seyn, er möchte das übel genommen haben. So seltsam es klingen mag, so wahr ist es doch. Nach Römischem Recht würde dieß keinen Grund abgegeben haben zur Verwerfung [28]).

Die Rechtsgelehrten rechnen zu den Fällen, da ein Richter als verdächtig verworfen werden kann, wenn

---

[24]) L. 9. pr. D. de liberali causa. Cap. 41. §. 1. X. de appell. *Leyser* spec. 67. med. 3.

[25]) Cap. 25. X. de off. et pot. jud. del.

[26]) Cap. 4. X. ut lite non contest.

[27]) Cap. 6. X. de appell.

[28]) L. un. D. apud eum, a quo appell.

er einen ähnlichen Rechtsstreit führt[29]. Ich hätte eigentlich sagen sollen, die Canonischen Gesetze. Wenigstens ward aus diesem angeführten Grunde Papst Innocenz III. bewogen, in einem gewissen Fall den schon ernannten Richter zu entlassen und einem andern das Richteramt zu übertragen[30]. Wer einen ähnlichen Rechtsstreit führt, scheint sogar zum Richter tauglicher zu seyn, als ein anderer, weil sein Rechtsgefühl dadurch geschärft wird. Indessen ist hier nicht die Rede von der Fähigkeit, sondern von dem guten Willen, recht zu richten, und, den Willen angesehen, dürften die Rechtsgelehrten oder vielmehr die Gesetze hierin eben nicht Unrecht haben. Nicht so viel Vertrauen erweckt es, wenn der Richter in der Lage sich befindet, entweder auf diese bestimmte Art Recht zu sprechen — oder mit sich selbst in Widerspruch zu stehen. Cujacius druckt sich darüber so aus: — notandum, hanc esse justam causam ejurandi et recusandi judicis, quod in simili causa simili periculo versetur; *nec enim aliter videtur judicaturus de causa aliena, quam optat judicari de sua, quae non est absimilis.* — Ob man einen Richter auch deshalb als verdächtig verwerfen könne, weil er mit dem Advocaten des Gegners verwandt oder verschwägert ist, darüber sind die zum Streit immer fertigen Rechtsgelehrten nicht mit einander einig[31]. Mir scheint die Bejahung der Frage wenig oder gar keinen Zweifel zu leiden. Was

---

[29]) *Cujac.* ad cap. 18. X. de jud.

[30]) S. cap. 18. X. de jud.

[31]) *Lauterbach* c. l. *Schulting* c. l. c. 9. §. 7. *Huber* prael. tit. de judiciis nr. 19.

Maranta [32]), Mevius [33]) und Leyser [34]) einwenden, der Verdachtsgrund müsse die Partei selbst oder die Sache selbst angehen, hat gar keinen Werth, indem dadurch ohne Beweis als bewiesen angenommen wird, was eben bestritten wird [35]). Hier kommt es darauf an, ob der Richter verdächtig ist, gleichviel übrigens, aus welcher Quelle der Verdacht entspringt. Der Vater aber ist ein verdächtiger Richter in einer Sache, worin der Sohn Advocat ist, weil aus dem Sieg der Partei Vortheile hervorgehen für den Advocaten und zwar Vortheile, wenn nicht zunächst des Geldes, doch der Ehre, des Ruhms. Nebenher gibt dieß Verhältniß Gelegenheit zu allerhand Fragen, vertraulichen Mittheilungen, Winken, die der andern Partei nicht gleichgültig seyn können. Leyser, der, wie gesagt, die aufgeworfene Frage verneint, führt selbst einen sehr triftigen Grund für die Bejahung an, ohne ihn durch einen eben so triftigen zu widerlegen. Er bemerkt nämlich: Dicas forsan, fieri non posse, quin judex advocato favens causae ab illo susceptae non faveat. Sed, *etsi hoc concesserimus*, non *consequitur tamen inde, male judicaturum.* Das folgt freilich nicht und folgt eben so wenig, als daß der Richter in seiner eignen Sache unrecht richten werde, nämlich es folgt nicht nothwendig. Davon ist hier aber auch gar nicht die Rede; sondern von dem, was wahrschein-

---

[32]) P. 6. Tit. de appell. nr. 55.

[33]) P. 4. Dec. 167.

[34]) Spec. 67. med. 1.

[35]) Ich sage ohne Beweis: denn die dafür angeführten Gesetzstellen (L. 10. D. de jurisd., cap. 36. X. de app.) beweisen nicht das Geringste.

lich ist. Die Bejahung der aufgeworfenen Frage kann um so weniger Zweifel leiden, wenn man die vorher angeführten Beispiele, wenigstens diejenigen aus dem Canonischen Recht, betrachtet. Denn darnach kann man, glaube ich, annehmen, daß schon ein entfernter Verdacht zur Verwerfung des Richters hinlänglich sey, was auch in einer so wichtigen Angelegenheit und um so mehr passend ist, da es an andern Personen nicht zu fehlen pflegt, welche Richter seyn können, ein Grund, den man wenigstens bei Kunstverständigen gelten läßt, zu denen der Richter am Ende auch gehört. — In diesem Falle scheint mir der Verdacht sogar ziemlich nahe zu liegen. — Daß der Richter mit der einen Partei einen Prozeß führt, übrigens wegen eines verschiedenen Gegenstandes, hält Huber [36]) für keinen hinlänglichen Verdachtsgrund. Indeß gibt ein Prozeß zu Haß und Widerwillen Gelegenheit. Denn, wenn die Feindschaft nicht schon vorhanden ist, pflegt sie durch den Prozeß, durch die Art, wie er geführt wird, oder auf Veranlassung desselben, erregt zu werden.

Auch wenn der Richter nicht selbst unser Feind, sondern nur unsers Feindes sehr vertrauter Freund (magnus amicus) ist, pflegen die Rechtsgelehrten dieß zur Verwerfung eines solchen Richters für hinlänglich zu halten [37]). Es kann freilich seyn, daß die Feindschaft sich auf den Richter fortpflanzt, oder dieser das dem Freunde geschehene Unrecht selbst schmerzlich empfindet und es zu rächen sich berufen fühlt, oder der Feind die Gelegenheit benutzt, uns bei dem

---

[36]) C. l.

[37]) S. Struv. syntagma p. 531.

Richter anzuschwärzen. Indessen, sollte daher ein Grund zur Verwerfung entstehen, so müßte dieß ein Fall der allerzärtlichsten Freundschaft, überhaupt ein ganz außerordentlicher Fall seyn, oder es müßte auch nicht die Rede seyn von dem masculino, sondern von dem foeminino. Mehr läßt sich darüber im Allgemeinen nicht sagen. Ueberhaupt ist die Frage, ob ein Richter verdächtig sey oder nicht, in diesen und anderen Fällen nicht so wohl quaestio juris, als facti, und es kommt dabei viel auf die Individuen und auf die Umstände an. Das vergessen dann die Rechtsgelehrten in der Hitze des Streits bisweilen.

Wer in einer Sache Richter gewesen ist, kann darin nicht Zeuge seyn [38]) (so auch umgekehrt). Daher erlauben die Gesetze einer Partei, denjenigen als Richter zu verbitten, dessen Zeugniß ihr nothwendig ist [39]). Es gehört dieß zwar eigentlich nicht hierher, da in solchem Fall nicht von Verbittung wegen vorhandenen Verdachts die Rede ist, und wird hier nur, der Verwandtschaft wegen, beiläufig erwähnt.

Ehe ich aber weiter gehe, muß ich bemerken, daß es einige Fälle gibt, in welchen Jemand nach den Gesetzen nicht Richter seyn darf; nämlich Jemand darf nicht Richter seyn 1) in der eigenen Sache [40]), und darunter ist zu verstehen jede, wobei sein eigener Vortheil auf irgend eine Art auf dem Spiel steht [41]). Selbst wenn er auch nur Aussicht hat, den einen zu beerben, darf er nicht Richter seyn [42]). 2) In Sachen

---

[38]) L. ult. D. de test.

[39]) Cap. 40. X. de test. *Schulting* c. l.

[40]) L. un. C. ne quis in sua causa judicet.

[41]) L. 1. §. 11. D. quando appell. sit.

[42]) L. 17. D. de judiciis.

seiner Frau, seiner Kinder, seiner Hausgenossen [43]). 3) In Sachen, worin er vorher Advocat gewesen ist [44]). Die Rechtsgelehrten zählen diese Fälle zu denjenigen, die den Richter unfähig machen, und unterscheiden davon die übrigen, welche den Richter nur verdächtig machen, derentwegen die Partei sich ihn verbitten kann. Im Grunde ist der unfähige Richter, wenn die Unfähigkeit nicht aus Mangel der zum Richteramt erforderlichen Eigenschaften hervorgeht, auch nur ein verdächtiger, und der Unterschied besteht bloß darin, daß er in den angeführten Fällen des (stärkeren) Verdachts nicht Richter seyn darf, indem die Gesetze ihm die Verwaltung seines Amts untersagen, während in anderen die Parteien ihn wegen Verdachts zu verwerfen berechtigt sind. Jener ist schon durch das Gesetz unfähig, weil er verdächtig ist: dieser ist bloß verdächtig, aber erst die Verwerfung macht ihn unfähig. Indessen gehen wol die Prozeßordnungen einzelner Länder so weit, daß sie in Fällen des Verdachts, besonders wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft, auch wenn nicht von den nächsten Graden die Rede ist, den Richter anweisen, sich der Sache von selbst zu enthalten, wobei sie den Grad der Verwandtschaft oder Schwägerschaft bestimmen, wie weit es sich damit erstrecken soll [45]). Dieß scheint schon ein alter Gebrauch der deutschen Gerichte zu seyn, und gründet sich vielleicht ursprünglich auf die Cammergerichtsordnung [46]). Die Canonischen Gesetze selbst unterscheiden hier nicht immer, wenigstens kommen Stel-

---

[43]) L. 10. D. de jurisd.

[44]) L. 6. pr. C. de postul. L. ult. C. de assessor. L. 17. D. de jurisd.

[45]) Mehlen, Anleitung zum gerichtl. Prozeß. 1. Theil. §. 23. 27.

[46]) Thl. 1. Tit. 20. §. 5. S. auch *Leyser* spec. 57. med. 6.

len vor, wo von Verwerfung der Richter auch in solchen Fällen die Rede ist, wo sie, den Gesetzen zufolge, Richter nicht seyn dürfen [47]).

§. 8.

Lauterbach, desgleichen Danz rechnen die exceptio judicis suspecti zu den exceptionibus fori declinatoriis [48]). Mir scheint es, sie sey eben so wenig eine Art der Einreden, womit man den Gerichtsstand ablehnt, als die exceptio judicis inhabilis, die Danz ebenfalls der angeführten Gattung unterordnet. Es sind ganz verschiedene Dinge, ein forum nicht anerkennen und den Richter als verdächtig oder unfähig verwerfen [49]). Und zwar sind sie, die exceptio fori und die sogenannte exceptio judicis suspecti, wie es mir scheint, in folgenden Rücksichten verschieden.

1. Wer sich der exceptio fori bedient, läugnet, daß er der Jurisdiction dieses Richters unterworfen sey; er streitet dem Richter überhaupt die Befugniß ab, in dieser Sache Recht sprechen, ihn verurtheilen und zwingen zu können. Hingegen wer die exceptio judicis suspecti entgegensetzt, gesteht dem Richter die Macht an und für sich zu, in dieser Sache gegen ihn sein Amt verwalten zu können. Er will sich ihm nur wegen Besorgniß ungleicher Gerechtigkeitspflege entziehen.

2) Die exceptio fori betrifft das Amt des Richters, die exceptio judicis suspecti die Person desselben. Jene, wenn sie gegründet ist, verändert die Gerichtsstelle; diese hat die Wirkung, daß die Sache an ein anderes und zwar an ein höheres forum gelangt, nicht anders, als folgeweise und auch nicht nothwendig, ja, wenn anders

[47]) Cap. 36. X. de app. Danz a. a. O. §. 160.

[48]) *Lauterbach* c. 1. §. 39.

[49]) *Schulting* c. l. cap. 3. §. 1.

Gönner's Meinung richtig ist, daß, im Fall ein ganzes Collegium als verdächtig verworfen wird, eine anzuordnende Commission an dessen Stelle treten müsse [50]), niemals.

3. Die exceptio fori steht nur dem Beklagten zu, die exceptio judicis suspecti auch dem Kläger.

4. Die exceptio fori ist eine wahre Einrede, die exceptio judicis suspecti hat nur den Namen einer solchen.

Wenn eine Einrede die Anführung eines von der Geschichte der Klage verschiedenen Umstandes ist, wodurch man sich gegen das Verlangen seines Gegners zu vertheidigen sucht, so paßt dieser Begriff nicht auf die Verwerfung eines verdächtigen Richters. Der streitende Theil, welcher den Richter verwirft, hat es nicht mit seinem Gegner zu thun, sondern — mit dem Richter. Der Richter selbst ist es, mit dem er streitet. Das ist denn auch beiläufig der Grund, weshalb der Richter, dem die exceptio judicis suspecti entgegen gesetzt wird, über diese Einrede selbst nicht urtheilen kann; er würde nämlich Richter in eigner Sache seyn. Einem andern Richter, demjenigen nämlich, welchem der verdächtige unterworfen ist, dem Oberrichter, steht die Prüfung und Entscheidung darüber zu. Selbst, wenn bloß von Ablegung des juramenti perhorrescentiae die Rede ist, wozu ein streitender Theil sich erbietet, gebührt es dem Richter nicht, sich damit zu befassen, da der wirklichen Lei-

[50]) S. Gönner's Handb. des Prozesses B. 1. Abs. 12. §. 4. S. 292. Schon die alten Rechtsgelehrten erklären für gebräuchlich, daß an die Stelle des verworfenen ein anderer Unterrichter zu setzen sey. *Paul. Busius* Com. ad *II.* tit. de jud. ad l. 12. n. 9.

stung doch immer Beurtheilung über die Zulässigkeit des Eides vorhergehen muß, wie leicht sie auch seyn mag, und ein Richter in eigner Sache sich überhaupt jeder amtlichen Thätigkeit entäußern muß [51]).

§. 9.

Wenn es ein Recht eines streitenden Theils ist, einen Richter als verdächtig zu verwerfen, so sollte man denken, gleichwie es von dem streitenden Theil abhängt, ob er überhaupt dieser Wohlthat sich bedienen wolle, also müsse es auch bei ihm stehen, wann er davon Gebrauch machen wolle. Aber anders hat Roms Gesetz hierüber entschieden, indem es jenes Recht der Zeit nach sehr eingeschränkt hat. Denn nach Römischem Recht findet die recusatio judicis suspecti nur bis zur Litiscontestation, nach diesem Zeitpunkt aber nicht mehr, Statt [52]). Nur dann ist, wie das Canonische hinzusetzt, eine spätere Verwerfung zulässig und von Erfolg, wenn die Gründe des Verdachts erst nach jenem Zeitpunkt entstanden, oder wenigstens erst nach jenem Zeitpunkt zur Wissenschaft der Partei gekommen sind und sie dieß eidlich erhärtet [53]).

Auf solche Art gilt nun von der recusatio judicis suspecti in dieser Hinsicht, was von der exceptio fori und andern verzögerlichen Einreden gilt, ohne daß dieß jedoch die Folge einer etwa vorhandenen Unterordnung

---

[51]) Der auf Verwerfung des Richters gerichtete Antrag, die sogenannte exceptio judicis suspecti, suspendirt, gleich der eingewandten Appellation, die Gerichtsbarkeit des Richters, wie die Alten sagten. *Zanger* de exc. V. 2. cap. 4. n. 23. *Mev.* P. 2. dec. 31.

[52]) L. 12. L. 16. L. ult. C. de jud. L. un. C. ne liceat in una eademque causa tertio proc. Nov. 53. cap. 3.

[53]) Cap. 25. X. de off. et

der einen unter die andere wäre. Mit der exceptio fori kann sie auch in dieser Hinsicht nicht füglich pari passu gehen. Mit jener hat es eine ganz andere Bewandtniß, indem eine Sache billig bei derselben Gerichtsstelle verbleiben muß, wo der Rechtsstreit einmal seinen Anfang genommen hat, so daß also eine spätere auf Veränderung des Gerichts gerichtete Einrede nicht in Betrachtung kommen kann. Wenigstens scheint jener Satz, daß die sogenannte exceptio judicis suspecti nur bis zur Litiscontestation Statt finde, auf unsere Gerichtsverfassung nicht sonderlich zu passen, wonach jeder andere Richter aus den Akten von der Sache sich vollständig unterrichten, die Untersuchung fortsetzen und das Urtheil fällen kann, eben so gut, wie der bisherige Richter. In den Römischen Gesetzen scheint mir die Idee zum Grunde zu liegen, als müsse bei einer Veränderung der Person des Richters der Prozeß von Neuem anfangen. Kaiser Zeno schreibt *L.* 12. §. 1. *C. de jud.*: Sin recuset quis judicem bona fide ante litis contestationem, judex alius ei ex divina aditione dabitur: quod si et juste recusare videbitur, post contestationem judex alius aut conjudex ne petatur: apud unum enim judicem omne moveatur causae negotium [54]). Und Justinian [55]) setzt den Grund, weshalb nach der Litiscontestation die Verwerfung des verdächtigen Richters nicht weiter Statt finde, darein: ne lites in infinitum extendantur.

---

pot. jud. del. Cap. 4. X. de exc. *Zanger* de except. cap. 4. n. 5. *Schulting* c. l. cap. 10. §. 6. *Cujac.* 9. obs. 23. *Donell.* 17. comm. 25.

[54]) Diese L. 12. C. de jud. gehört übrigens zu den legibus Codicis restitutis.

[55]) L. 16. C. eod.

§. 10.

Da das juramentum perhorrescentiae, wie oben bemerkt ward, dem Römischen Recht, wie dem Canonischen, fremd ist, so könnte die Frage entstehen, ob, was nach Römischem Recht von der recusatio judicis suspecti gilt, daß sie nämlich vor der Litiscontestation angebracht werden müsse und späterhin nicht weiter Statt finde, auch auf das juramentum perhorrescentiae anwendbar sey. Allerdings glaube ich das. Denn, da das juramentum perhorrescentiae ein Surrogat der exceptio judicis suspecti seyn soll, indem der Gebrauch es dieser als stellvertretend an die Seite gesetzt hat, so scheint es, daß beides auf gleichen Fuß behandelt werden müsse. Gleich der recusatio judicis suspecti wird dann das juramentum perhorrescentiae ausnahmsweise aus besondern Gründen auch nach dem Anfange des Prozesses zulässig seyn. Und da fragt es sich dann weiter, worauf in solchen Fällen das juramentum perhorrescentiae zu erweitern sey. Darauf, denke ich, daß jener Verdacht erst später in dem Schwörenden entstanden sey. Denn wollte er hier, wie bei der recusatio judicis suspecti, schwören, daß die Gründe des Verdachts erst späterhin entstanden, oder zu seiner Wissenschaft gelangt seyen, das würde ein Urtheil involviren, wohingegen es eine reine Thatsache ist, daß ein Verdacht in Jemandem entstanden ist. Das juramentum perhorrescentiae würde überhaupt ganz aus seiner Bahn weichen, wenn darin auf das objektive Vorhandenseyn oder Entstehen von Gründen Rücksicht genommen würde, da es dabei bloß auf die Meinung des Schwörenden ankommt.

§. 11.

Gegen **Gail**[56]) sucht **Schulting**[57]) im schönsten Latein und in den gewähltesten Ausdrücken, worin die ganze Abhandlung über die Verwerfung des Richters geschrieben ist, zu beweisen, daß ein Dritter, der in einen angefangenen Streit sich mengt, kurz ein interventor, nicht das Recht habe, den Richter als verdächtig zu verwerfen. Dieß Recht haben, nach ihm, nur die streitenden Theile. Einem Dritten kann es nicht erlaubt seyn, einen Richter zu verwerfen, mit dem die streitenden Theile zufrieden sind. Der interventor muß zwar nachweisen, daß er ein Interesse bei der Sache habe, aber nur zu dem Ende, damit er als solcher zugelassen wird; in dem Hauptstreit ist er weder Kläger noch Beklagter. Durch seinen Beitritt wird nichts geändert, weder in Ansehung des Gerichts[58]), noch in Ansehung des Prozesses[59]). So weit **Schulting**. —

Ich kann die Lehre **Schulting's** weder ganz verwerfen, noch sie ganz gut heißen. Nach meinem Ermessen muß man hier unterscheiden zwischen der **Principal-Intervention** und der **accessorischen**. Bei der Principal-Intervention streiten alle drei gegen einander — oder nach Umständen wenigstens der neue Ankömmling gegen **beide**, indem die bisherigen Streiter, wenn die Ansprache des Intervenienten für die Fortsetzung des bisherigen Streits präjudiciell ist, gleichsam vom Kampf einstweilen ablassen, und sich mit vereinig-

---

[56]) Observat. liber 1. cap. 71. et 7.

[57]) De recusat. jud. susp. cap. 10. §. 3.

[58]) L. 49. p. D. de judiciis.

[59]) Cap. 2. ut lite pendente nihil innovetur etc.

ten Kräften bemühen, diesen gemeinschaftlichen Feind abzutreiben, um hernach den alten Streit unter einander in Ruhe fortsetzen zu können. (Nach der gewöhnlichen Theorie entsteht durch die Intervention vorläufig nur ein Streit zwischen dem Intervenienten und dem bisherigen Kläger, indem einer den andern von der Stelle eines Klägers zu entfernen sucht, und so lange, bis dieser Streit entschieden ist, ruht der bisherige.) So gut nun der Kläger und auch der Beklagte den Richter einseitig verwerfen können, wird dieß auch principaliter interveniens können, der ja als dritter streitender Theil und als Kläger zu betrachten ist. Der Intervenient nimmt das streitige Objekt in Ansprache; er will es von dem Beklagten haben, mit Ausschluß des Klägers; er will es beiden abstreiten; und wenn er auch nur mit dem Kläger, dem bisherigen, oder nur mit dem Beklagten um die Sache stritte, wie sollte er nicht als principaliter streitender Theil und als Kläger anzusehen seyn?

Anders verhält es sich mit dem, den man auf deutsch gar nicht nennen kann, ich meine den accessorie interveniens. Dieser streitet principaliter nicht mit; er streitet nicht allein; er streitet nicht in Gemeinschaft mit der einen Partei; er ist kein Streitgenoß; er kommt bloß dem, welcher streitet, gewöhnlich dem Beklagten, zu Hülfe. Das Schicksal des Prozesses, dessen unglücklichen Ausgang für seinen Schützling er abzuwenden strebt, trifft ihn bloß in seinen Folgen; das Urtheil wird nicht gegen ihn gerichtet, nicht gegen ihn vollzogen. Da er principaliter nicht mitstreitet, sondern nur dem Streiter als Gehülfe im Streiten beisteht, kann er auch nicht verlangen, wenn er auf die Seite des

Beklagten tritt, daß die Sache an seinen, des Intervenienten, Richter gebracht werde, also nicht aus seiner Person exceptio fori vorschützen [60]. Ueberhaupt setzt er den Streit, in der Lage, worin er ihn findet, mit dem Litisdenuncianten, als dessen Gehülfe fort [61]. Es kann zwar seyn, daß die Partei dem Intervenienten den Streit allein zu führen überläßt [62]; aber dieß ändert nichts; er ist dann doch immer nur als der Bevollmächtigte der Partei anzusehen.

Dieser also, der dem Streitenden bloß beim Streiten zu Hülfe kommt, kann solche selbstständige Anträge, als da ist die Verwerfung des verdächtigen Richters, nicht machen. Vielmehr, wenn die Partei mit dem Richter zufrieden ist, wird auch er es seyn müssen, der, accessorie interveniens, als zu der Partei gehörig zu betrachten ist, und mit ihr nicht in Widerspruch stehen kann. Man kann ihn mit einem Advocaten vergleichen, der die Sache seines Clienten vertheidigt und der in diesem Fall durch seinen eignen Vortheil zur Vertheidigung bewogen wird. Auch scheint es, die Besorgniß sey weit hergeholt, daß der Richter, aus Feindschaft gegen den Intervenienten, dem, welcher principaliter streitet, Unrecht thun sollte — oder daß der Richter einem streitenden Theil zu

[60]) *L.* 49. pr. *D. de judiciis.* Venditor, ab emtore denunciatus, ut eum evictionis nomine defenderet, dicit, se privilegium habere sui judicis. Quaeritur, an possit litem ab eo judice, apud quem res inter petitorem et emtorem coepta est, ad suum judicem vocare? Paulus respondit, venditorem emtoris judicem sequi solere.

[61]) Cap. 2. ut lite pend. nihil innovetur.

[62]) L. 63. D. de re jud.

zu nahe richten sollte, weil ein Anderer ihm beisteht, dem er abgeneigt ist. Indessen könnte man freilich sagen, nicht der Beistand selbst erwecke diesen Verdacht, sondern der Umstand, daß der Verlust des Prozesses den Intervenienten folgeweise trifft, und der Richter hier also Gelegenheit hat, dem letztern per indirectum zu schaden. Allein daraus würde doch immer nur folgen, daß die Partei, welcher der Beistand geleistet wird, nicht aber der Intervenient, das Recht habe, den Richter zu verwerfen, und daß die Partei aus jenem Umstande einen Grund hernehmen könne, den Richter als verdächtig zu verwerfen. Eben so wenig wird dieser Intervenient einwenden können, der Richter sey der Partei, welcher er beistehen will, gehässig, und daher vom Richteramt zu entfernen. Er könnte es wol, aber nur in Gemeinschaft mit demjenigen, dem er beisteht; er wird einen solchen Einwand einseitig nicht machen können. Er kann keine Einreden entgegensetzen, die, zur Zeit des Beitritts, der Partei vielleicht selbst nicht mehr zustehen, oder die auf deren persönliche Verhältnisse gegründet sind, und von denen sie keinen Gebrauch machen will. Ueberhaupt kann er auf seine eigene Hand keine Einreden vortragen; er würde sonst, da er nur accessorie interveniens ist — aus seiner Rolle fallen. Eine andere Frage ist, ob der Intervenient aus dem Umstande, daß diese oder jene Einreden versäumt sind, oder der Beklagte ihm dargebotene Vertheidigungsmittel verschmäht hat, keinen Grund hernehmen könne, Entschädigung zu verweigern. Und diese Frage würde zu bejahen seyn, wenn er zeigen könnte, daß dieser Richtgebrauch den Verlust des Prozesses verursacht hat.

§. 12.

Daß ein Richter auch in Straffachen als verdächtig verworfen werden könne, leidet keinen Zweifel, da diese ja viel wichtiger sind, als Streitigkeiten über Verhältnisse des Vermögens. Quam absonum esset, ruft Schulting aus [63]), lites pecuniarias etiam minoris momenti omnes sine suspicione debere procedere, in criminalibus vero ac gravissimis nihil adversus pravos judicantium affectus praesidii superesse? Non vere vivitur illic, ubi rei criminum alium sustinent metum, quam quem male factorum conscientia incutit. De cetero aequum est, illos securos agere.

Zwar bei den Römern hinderte eine solche Verwerfung die Einrichtung der Gerichte [64]); aber das Canonische Recht läßt sie zu, mit der Ausnahme, *nisi pro crimine adeo gravi et manifesto, quo ipso actu merito sit damnandus* [65]). Also wäre eine Ausnahme bei schweren Verbrechen, die keiner Untersuchung weiter bedürfen und keine Entschuldigung zulassen. Diese Ausnahme (die ohnehin schwerlich vorkommen wird) ist billig auf Fälle zu beschränken, wo die Strafe nach Art und Größe durch's Gesetz selbst genau bestimmt ist. Hingegen, wo die Strafe dem arbitrio judicis überlassen ist, und also dessen Abneigung gegen den Verbrecher auf die Bestimmung derselben von schädlichem Einfluß seyn kann, da findet sie nicht Statt [66]).

Endlich wird ohne Zweifel, wie in Civilfällen, also auch in Criminalsachen das juramentum perhorrescentiae und ganz auf dieselbe Weise Statt finden.

---

[63]) C. l. cap. 7. §. 5.

[64]) *Schulting* c. l. cap. 7. §. 4.

[65]) Cap. 24. X. de appell.

[66]) *Gomez* var. resolut. tom. 3. cap. 1. nr. 46. *Schulting* c. l. cap. 7. §. 6.

§. 13.

Wenn es schon ein großes Uebel ist, einen abgeneigten Richter zu haben, so ist es noch weit gefährlicher, wenn der beim Gericht angestellte Actuarius aus Feindschaft gegen uns, oder aus andern Gründen, den Gegner begünstigt. Ich will gar nicht einmal erwähnen, daß wol Fälle in praxi vorkommen, wo der Actuarius den beständigen Rathgeber des Richters macht, oder auf eine dummdreiste Art in den Gerichten mitspricht, oder wenigstens schlau genug ist, gelegentlich allerhand Aeußerungen fallen zu lassen, um auf die Entschließungen des Richters Einfluß zu üben; ich will mich bloß an die gewöhnlichen Fälle halten und den Geschäftskreis in Betrachtung ziehen, welcher dem Actuarius durch die Gesetze angewiesen ist.

Ein Actuarius, berufen, alles, was im Gericht vorgeht, zum öffentlichen Glauben niederzuschreiben, und die Schriften, die von dem Gericht ausgehen, auszufertigen, kann auf mancherlei Art schaden. Er kann schaden, indem er in den Schriften etwas ausläßt, entstellt, verändert. Zwar stehen seine Protokolle unter der Direction des Richters, und ohne dessen allgemeinen oder besondern Auftrag darf er keine Registraturen aufnehmen; aber die strengste Aufsicht kann dergleichen Verfälschungen nicht immer verhüten; auch schreibt er vieles in Abwesenheit des Richters. Und was er in seinem Beiseyn geschrieben, darf er ja nur zu Hause wieder umschreiben. Er kann auch dadurch schaden, daß er der einen Partei von den Schritten ihres Gegners vor der Zeit Nachricht gibt, die Abstimmungen und andere Geheimnisse des Gerichts an sie verräht, die Ausfertigung der Beschlüsse des Gerichts verzö-

gert u. s. w. Und alles das kann er mit ziemlicher Sicherheit und ohne daß er besorgen dürfte, überwiesen zu werden. Wer erfährt es einmal, wenn er nach abgelaufener Frist Schriften, als wären sie schon früher und zur rechten Zeit bei Gericht angelangt, zu Buch trägt? —

Zu wünschen wäre es, daß die Gesetzgebung auch für Fälle dieser Art vorgesorgt hätte. Leyser[67]) hat dieß Bedürfniß so dringend gefunden, daß er keinen Anstand nahm, zu behaupten, man könne aus eben den Gründen, wie den Richter, auch den Gerichtsschreiber verwerfen. Auch macht er von seiner Lehre sogleich die Anwendung auf den Fall der Familiaritas, worin der Schreiber zu der einen Partei steht, welches Verhältniß nach ihm der andern gerechten Grund gibt, ihn zu verbitten. Er ging hier wol zu weit, indem er, was Rechtens seyn sollte, mit demjenigen verwechselte, was es ist. — Aber sollte nicht in solchen Fällen der Richter, auch ohne Gesetze, die Macht haben, für diese Sache einen Notarius zuzuziehen? — Der Actuarius könnte doch höchstens begehren, daß ihm seine Gebühren nicht geschmälert würden.

Was nun vom Actuarius gesagt ist, gilt auch von andern Nebenpersonen des Gerichts. Schaden können sie alle bis auf den untersten, und die Gesetze sind in vielen Fällen zu schwach, diejenigen im Zaum zu halten, die sich selbst nicht zügeln wollen.

---

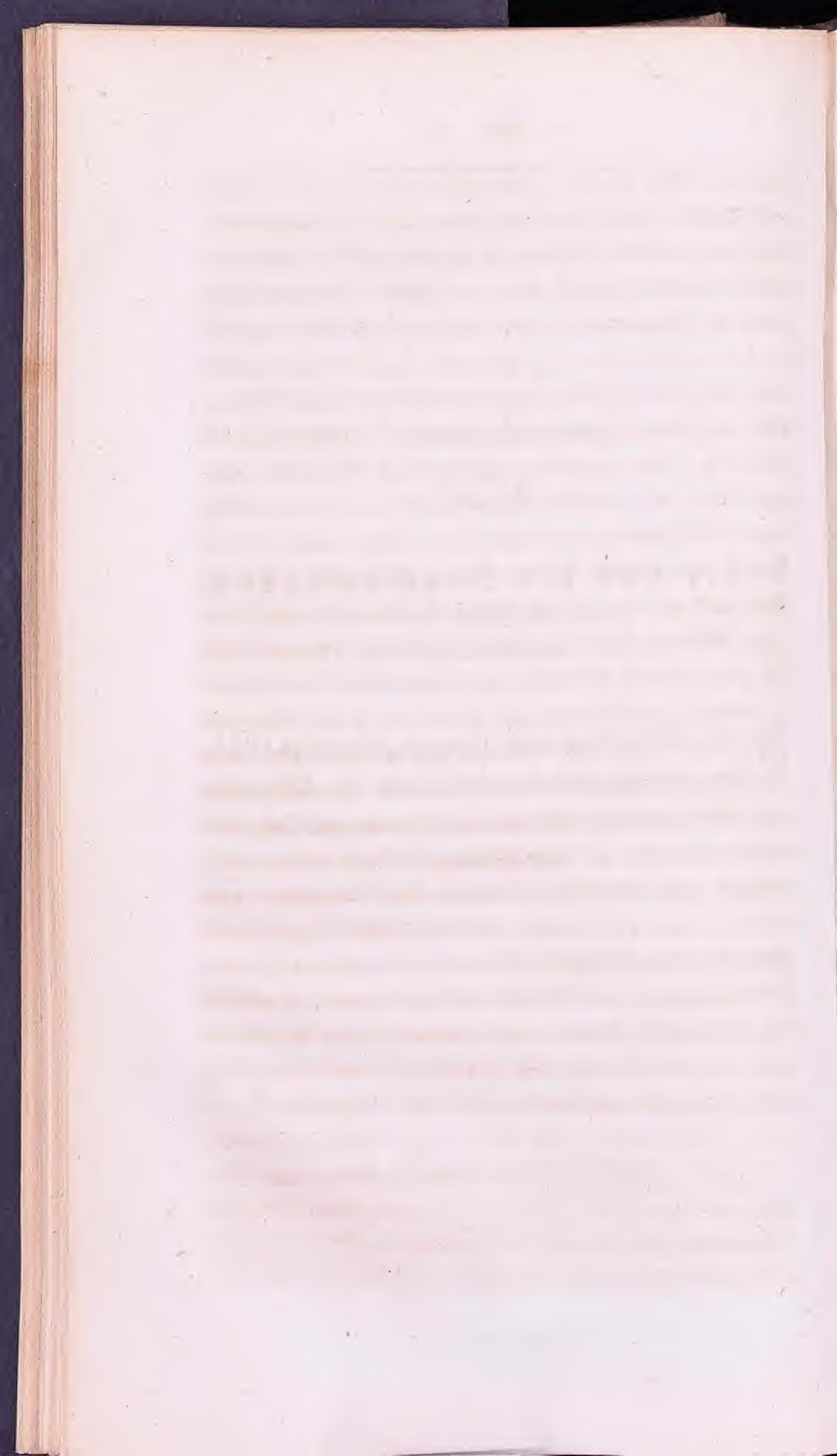
[67]) Sp. 71. med. 11. et 12.

V.

Zur

Lehre von der Legitimation.

Die erste Abhandlung ward schon im November 1821., die drei anderen wurden am Schlusse des Dezembers 1825. und im Anfange des Januars 1826. geschrieben.



I.

Exceptio propiorum s. plurium heredum.

Wer bei Gericht gewisse Rechte als Erbe geltend machen will, dem hört man nicht selten den Einwand entgegen setzen, man wolle ihm einräumen, er sey mit dem Verstorbenen verwandt, er solle aber erst beweisen, daß er der nächste sey; zur Zeit sey er zur Sache nicht genugsam gerechtfertigt (legitimirt). Es scheint indessen, als sey dieser Einwand von keinem Gewicht. Eines Theils enthält er, wie es scheint, eine Verneinung, nämlich daß kein näherer Verwandter vorhanden sey, der ihn von der Erbschaft ausschließe; zweitens scheint es damit auf eine sogenannte exceptio de jure tertii hinaus zu gehen. Ist ein Dritter vorhanden, der auf die Erbschaft ein näheres Recht hat, so ist es diesem zu überlassen, seine Rechte durch Einmischung oder Einspruch (interveniendo) geltend zu machen [1]).

[1]) Wie gut wäre es nicht, wenn wir uns im Prozeß, worin wir uns deutsch zu schreiben befleißigen, immer auch passender Ausdrücke bedienten. Wie gut ließe sich Intervention durch Einspruch ausdrucken! Wie bezeichnend ist nicht dieses Wort.

Allein in der That halte ich den Einwand für wohl gegründet. Wer als Erbe auftritt und, wenn es bezweifelt wird, nicht beweiset, daß er der nächste Verwandte sey, hat sich zur Sache nicht genugsam gerechtfertigt [2]).

Zwar behauptet Voet [3]), wenn man mit der hereditatis petitio gegen einen Fremden klagt, dann brauche man nicht zu beweisen, daß man der nächste Verwandte sey, es sey genug, zu beweisen, daß man mit dem Verstorbenen verwandt sey; der Beklagte müsse beweisen, daß uns ein Näherer ausschließe. Als Grund führt Voet an, weil es eine Verneinung sey, daß keine näheren Verwandten vorhanden sind. Aus demselben Grunde lehrt Leyser und zwar in Beziehung auf die Legitimation:

Zwei streiten und ein Dritter spricht darein. Miteinkommen ist sehr unglücklich gewählt oder vielmehr eine mehr als hölzerne Uebersetzung des lateinischen Ausdrucks. (Besser wäre doch noch Dazwischenkommen.) Ich weiß wol, daß man den Ausdruck nur bei'm Einsprechen gewisser Art, nämlich in Verlöbnisse oder zu schließende Ehen, gebraucht; indessen würde man sich bald gewöhnen, ihn in einem ausgedehnteren Sinn zu nehmen und ihn auch nicht bloß auf die interventio principalis zu beziehen, auf welche er sonst am besten paßt. Einmischung paßte freilich auch, ist aber, das Zischende und Uebellautende nicht einmal in Anschlag zu bringen, so edel nicht.

[2]) Auch Ludovici lehrt, jedoch ohne weiter Gründe anzuführen: si quis tanquam proximus defuncti cognatus hereditatem aliquam petit, ante omnia jus cognationis *ejusdemque proximitas*, si a reo negetur, *probari debet. Ludovici* de legit. ad causam §. 18.

[3]) Ad tit. Dig. de heredit. petitione §. 6.

Qui heredem se esse docet, unicum esse praesumitur, donec plures adesse doceantur [4]).

Zuvörderst glaube ich nicht, daß Grundsätze, die von der hereditatis petitio gelten, wenn man die Auslieferung der Erbschaft von einem Freunde verlangt, der sie zu besitzen gar kein Recht hat, daß dieselben Grundsätze auch auf die Legitimation Anwendung finden. Ich will jenen Rechtsgelehrten auch nicht den uralten, schon von den Glossographen aufgestellten, Satz, daß man auch einen verneinenden Satz beweisen müsse, wenn man sich darauf gründet (den Voet übrigens bestreitet) entgegen setzen; die Wahrheit desselben mag hier dahin gestellt bleiben. Ich begnüge mich, Folgendes zu sagen. Es ist keine reine Verneinung, wenn der Kläger behauptet, der nächste Erbe zu seyn; sondern indem er behauptet, mit dem Verstorbenen in einem solchen Grade verwandt zu seyn, daß ihm kein andrer vorgeht, ist in dieser Behauptung nur etwas von einer Verneinung mit enthalten, was aber deshalb noch nicht zu vermuthen ist.

Im Grunde aber besteht die Behauptung des Klägers gar nicht darin, daß er der nächste, sondern daß er Erbe und als solcher zu der Forderung berechtigt sey, und der Beklagte kann verlangen, daß er ihm darüber die Ueberzeugung verschaffe, wobei es dem Beklagten gleichgültig seyn kann, aus welchen Gründen der Kläger sich das Erbrecht beizulegen berechtigt ist, wenn sie nur überzeugend sind. Auch ist jener Einwand keinesweges exceptio de jure tertii, sondern der Be-

---

[4]) *Leyser* spec. 157. med. 3. Das Gegentheil behauptet Struben rechtl. Bed. Thl. 1. S. 59.

klagte hat das größte eigene Interesse und ein wohl begründetes Recht, zu begehren, daß die factische Ungewißheit gehoben wird, welche die Berechtigung des Klägers zweifelhaft macht. Der nähere Verwandte könnte zwar seine Rechte interveniendo geltend machen, hat es aber nicht nöthig und ist oftmals dazu nicht im Stande, weil er von dem Prozeß nichts weiß.

Die Sache ist ganz einfach. Es kommt hier darauf an, daß der Beklagte demjenigen mit Sicherheit zahlen kann, der die Zahlung begehrt. Mit Sicherheit zahlen kann er ihm nur dann, wenn er wirklich Erbe ist. Daß er wirklich Erbe sey, folgt daraus nicht, daß er mit dem Verstorbenen verwandt ist. Das Gesetz beruft nur den nächsten Verwandten zur Erbschaft, mit Ausschluß der übrigen [5]). Zwar kann auch der entferntere Verwandte zur Erbschaft gelangen, indessen setzt doch dieß voraus, daß der nähere nicht Erbe seyn kann oder will. Es muß also bewiesen werden, entweder, daß kein näherer Verwandter vorhanden sey, oder daß der nähere, der etwa vorhanden war oder ist, von seinem Rechte keinen Gebrauch machen will. Erst wenn darüber Beweis geführt ist, kann man sagen, daß der Kläger gezeigt habe, wie eben er berechtigt sey, das klagbar gemachte Recht geltend zu machen, und daß ihm mit Sicherheit gezahlt und, wenn vom Streiten die Rede, daß mit Erfolg mit ihm gestritten werden

---

[5]) *L.* 2. §. 4. *D. de suis et leg. hered.* Legitima hereditas tantum proximo defertur. Nec interest, unus solus sit, an ex duobus prior pluribusve, an duo pluresve ab eodem gradu venientes, qui vel ceteros antecedant, vel soli sint: quia is est *proximus*, quem nemo antecedit.

könne. Würde wol der Schuldner, wenn der wahre Erbe ihn belangte, mit dem Einwande sich schützen können, er habe bereits einem entfernteren Verwandten des Verstorbenen die Zahlung geleistet? Würde der wahre Erbe nicht erwiedern: Man wird seiner Schuld nicht anders entledigt, als wenn man seinem Gläubiger Zahlung leistet? Jener, den Du befriedigtest, war nicht Dein Gläubiger. Er war nur ein Verwandter des Verstorbenen, nicht aber der Erbe desselben; und die Zahlung, die Du ihm geleistet hast, kann dich von Deiner Verbindlichkeit so wenig frei machen, als irgend einen andern Schuldner, der aus Irrthum dem unrechten Gläubiger zahlt. Zahle also, was ich von Dir noch immer zu fordern habe — und suche das an den unrechten Mann Gelangte wieder zu erhalten, zu welchem Ende Du Dich der condictio indebiti wol bedienen magst. —

Wie aber, wenn der Beklagte einwendet, daß gleich nahe Verwandte vorhanden seyn möchten und der Kläger das Gegentheil erst zu zeigen habe? Die eben aufgestellten Rechtsgrundsätze sind auch auf diesen Fall anwendbar. Der Unterschied zwischen beiden besteht bloß darin, daß im ersten Fall die Berechtigung des Klägers gänzlich, im zweiten zum Theil bestritten wird, nämlich, daß sie in der ganzen Ausdehnung, wie der Kläger sie behauptet, nicht zugestanden wird.

Um beide Fälle kurz zusammen zu fassen, so kann der Schuldner nicht mit Sicherheit zahlen und in so fern die Forderung selbst bestritten wird, nicht verurtheilt werden, wenn nicht der Kläger der nächste Verwandte, und in so fern er das Ganze fordert, nicht der einzige zur Erbfolge Berufene, kurz wenn derjenige,

der sich für den Erben und zu der Ansprache, wie er sie macht, (abgesehen von ihrem Daseyn an sich) für berechtigt ausgibt, nicht wirklich Erbe, der angebliche Gläubiger nicht wirklich Gläubiger und zu einer solchen Ansprache berechtigt ist — und er nicht darüber vor allen Dingen den Beweis zuvor beigebracht hat. Der Beklagte hat nicht nöthig, sich danach zu erkundigen, ob nicht nähere Verwandte oder ob nicht mehrere gleich nahe vorhanden sind. Und noch weniger hat er nöthig, sich mit Beweisen zu bebürden über Dinge, die ihn weiter gar nicht angehen, nämlich über Veränderungen, die ohne sein Zuthun in Ansehung der Person des Berechtigten vorgegangen sind. Dem Kläger, welcher als Gläubiger auftritt und als Gläubiger befriedigt seyn will, liegt ohne Zweifel ob, daß er jener wirklich sey und zwar *in seiner ganzen Vollständigkeit*, zu erweisen.

Zwar, es ist nicht immer leicht, sondern, nach Verschiedenheit der Fälle, bald mehr, bald weniger schwer, zu beweisen, daß wir zu der Erbschaft das nächste oder ein ausschließliches Recht haben, und mit der zunehmenden Weite des Abstandes von dem Verstorbenen wächst die Schwierigkeit des Beweises; indessen kann es doch wahrscheinlich gemacht werden; und zum Behuf der Legitimation ist auch eben kein so strenger Beweis erforderlich, wie wenn vom Hauptbeweise die Rede ist. Der Kläger ist vielleicht im Stande, zu beweisen, daß die näheren oder gleich nahen Verwandten gestorben sind oder daß sie der Erbschaft entsagt haben; oder es treten Zeugen auf, welche die Familienverhältnisse kennen ꝛc. ꝛc. In subsidium kann, um dem Beklagten die Ueberzeugung zu verschaffen, daß kein näherer oder

gleich naher Verwandter vorhanden sey, es kann also nöthig seyn, daß diejenigen, welche ein Erbrecht zu haben behaupten, von Gerichtswegen aufgefordert werden, sich zu melden und ihre Ansprüche zu beweisen. Auch läßt die Legitimation sich dadurch umgehen, daß der Kläger den Beklagten gegen Ansprüche näherer oder gleich naher Erben sicher stellt, durch Bürgschaft oder auf andere Weise.

II.

Wie weit erstreckt sich das officium judicis in Hinsicht auf die Legitimation?

Es ist ein sehr bekannter Satz, daß der Richter auch schon von Amtswegen dafür sorgen müsse, daß in Ansehung der Legitimation kein Mangel sey, und als Grund wird hinzugesetzt, damit Ungültigkeit des Prozesses verhütet werde [1]).

Da entsteht nun die Frage, wenn der Gegner die Thatsachen zugesteht, aus denen die Berechtigung des

[1]) Carrach nimmt dieß sogar in den Begriff auf. Exceptio legitimationis ad causam est exceptio judicii declinatoria, qua litigatori principali objicitur defectus qualitatis, ipsius causae principalis fundamentum non tangentis, ex qua tamen dependet jus de causa principali in litem deducta proprio nomine disceptandi utque de ea legitime fidem faciat. *Quia alias cum eo frustra de ipsa causa litigaretur.* *Carrach* de vera indole exceptionis legitimationis ad causam §. 7.

Gegners hervorgeht, muß auch dann der Richter ex officio auf Berichtigung des Legitimationspunkts Bedacht nehmen? Kann der Richter sagen, wenn auch der Beklagte Dich für berechtigt annehmen will, dadurch ist mir noch nicht die Ueberzeugung verschafft, daß Du wirklich der rechte Kläger seyest — oder muß der Richter für wahr annehmen, was der Beklagte nicht bestreitet? Kurz, dient auch bei der Legitimation das Geständniß des Beklagten zum Beweise, überhebt es vielmehr den Kläger der Beweislast — oder ist es auf die Legitimation ohne Einfluß?

Das also ist die Frage. Die Lehrbücher werfen sie nicht einmal auf, obgleich sie es sehr werth wäre, aufgeworfen und aufs Reine gebracht zu werden. Wenigstens das Erstere will ich thun und die Gründe dafür und dawider vortragen. Das Richteramt mag der Leser selbst übernehmen.

Es scheint, die Frage müsse verneint werden. — Ein Geständniß kann überhaupt auf dasjenige nicht von Einfluß seyn, was nicht von dem Willen des Gestehenden abhängt [2]). Nun handelt es sich hier von

---

[2]) *L.* 13. *pr. D. de interrog. in jure fac.* Confessionibus falsis respondentes, ita obligantur, si ejus nomine, de quo quis interrogatus sit, cum aliquo sit actio: quia, quae cum alio actio esset, si dominus esset, in nosmet confessione nostra conferemus. Et si eum, qui in potestate patris esset, respondissem, *filium meum esse*, ita me obligari, si aetas ejus pateretur, ut filius meus esse possit: quia falsae confessiones naturalibus convenire deberent, propter quae fiat, ut patrisfamilias nomine respondendo non obliger. — *L.* 14. *D. eod.* Si is, cujus nomine noxae judicium acceptum est,

der Frage, ob das Recht dem Kläger zustehe oder einem Dritten, dem der Beklagte durch sein Geständniß nichts vergeben, dem das Geständniß des Beklagten nicht nachtheilig seyn kann.

Die Verneinung der aufgeworfenen Frage scheint sogar schon in dem Satz, daß der Richter von Amtswegen, für die Berichtigung der Legitimation Sorge zu tragen, verbunden sey, zu liegen, so daß man sie nur durch folgerechtes Schließen daraus hervorholen darf. Denn, was der Richter ex officio in Acht zu nehmen hat, darauf kann wol das Geständniß des Beklagten von keinem Einfluß seyn. Wird die besorgte Nullität dadurch verhütet, daß der Beklagte die Thatsache, woraus die Berechtigung des Klägers folgt, einräumt? Ist der Prozeß weniger vergeblich, weil der Beklagte die unwahre Angabe des Klägers für wahr annimmt? Es kommt hier darauf an, was wirklich ist, nicht was der Beklagte dafür gelten lassen will. Ja, die ganze Lehre von der Legitimation, daß sie nicht nur vor der Litiscontestation, sondern, wenn dieß versäumt ist, auch noch nachher, im ganzen Laufe des Prozesses,

---

manente judicio liber judicatus est, reus absolvi debet. nec quidquam interrogatio in jure facta proderit, quia ejus personae, cujus nomine quis cum alio actionem habet, obligationem transferre non potest in eum, qui in jure suum esse confitetur; velut alienum servum, *suum esse* confidendo: liberi autem hominis nomine, quia cum alio actio non est, ne per interrogationem quidem, aut confessionem transferri poterit, quo casu eveniet, ut non recte hominis liberi nomine actum sit cum eo, qui confessus est. §. 1. In totum autem confessiones ita ratae sunt, si id, quod in confessionem venit, et jus et naturam recipere potest.

selbst noch bei der Execution, gefordert werden kann, daß sie überhaupt zum Wesen des Prozesses gehört, woraus die übrigen Sätze als Folgerungen fließen, scheint das Geständniß des Beklagten unnütz zu machen.

Es lassen sich aber Gründe für die Bejahung anführen, die noch von größerm Gewicht zu seyn scheinen. Ehe ich zu diesen Gründen selbst komme, muß ich folgende Bemerkung voranschicken.

Man verlangt Legitimation überhaupt aus einem doppelten Grunde:

1. weil man dem angeblichen Gläubiger, bis er gezeigt hat, er sey es, nicht mit Sicherheit zahlen;
2. weil man mit ihm bis dahin in gar keinen Streit sich einlassen kann, ohne besorgen zu müssen, vergeblich zu streiten.

Gewöhnlich wird Legitimation aus dem letzteren Grunde und in der Gestalt einer verzögerlichen Einrede begehrt (sie hat dann die Natur einer Präjudicial-Einrede); es liegt aber dabei auch der erstere, als der hauptsächliche, im Hinterhalt. Man will mit dem Kläger nicht streiten, bis er sich gerechtfertigt hat; man will ihm aber auch nicht zahlen, im Fall die Ansprache an und für sich gegründet erfunden würde, wenn er sich nicht zuvor legitimirt hat. Es läßt sich auch denken, daß die Forderung selbst gar nicht bestritten und Legitimation bloß deshalb begehrt wird, weil man zuvor überzeugt seyn will, daß derjenige, welcher die Ansprache macht, wirklich der rechte Gläubiger sey.

In so fern nun Legitimation zu dem Ende begehrt wird, damit das schuldige Objekt nicht etwa an den unrechten Mann gelange, geht sie den Richter nicht, sondern nur den Beklagten, an. Will dieser sich der

Gefahr

Gefahr aussetzen, die Schuld noch einmal tilgen zu müssen, — habeat sibi. Es kann dieß keinen Zweifel leiden, wenn das schuldige Objekt, wie gewöhnlich, eine Quantität, kein Individuum ist. Ist von einer Quantität die Rede, so darf der Beklagte über das, was er weggibt, nach Willkür verfügen; denn es gehört ihm. Ist es aber ein Individuum, so möchte man vielleicht sagen, die Rechte eines Dritten würden dadurch gefährdet, wenn es in unrechte Hände käme, und dazu dürfe der Richter die Hände nicht bieten. Er dürfe sich oder den Staat, in dessen Namen er handelt, nicht in Gefahr setzen, zu einer unerlaubten Handlung mitzuwirken. Wenn er also nicht selbst überzeugt sey, daß der Kläger wirklich der rechte Gläubiger sey, dann dürfe er auf das bloße Geständniß des Beklagten diesen zur Herausgabe des streitigen Gegenstandes nicht anhalten. Indessen glaube ich doch auch in diesem Fall nicht, daß die bloße Möglichkeit, daß einem Dritten Rechte zustehen, dem Geständniß des Beklagten die Kraft entziehen und den Richter, von Amtswegen einzuschreiten, berechtigen könne.

Die Rechtsgelehrten achten auf das Objekt eben gar nicht, sondern sie sehen bloß das gerichtliche Verfahren an. Es ist ihnen nur darum zu thun, die mögliche Ungültigkeit des Prozesses zu verhüten, und lediglich zu diesem Ende erklären sie den Richter für verbunden, hier auch ex officio einzuschreiten.

Allein diese Rücksicht auf die mögliche Ungültigkeit des Verfahrens scheint mir minder wichtig zu seyn.

Wenn der Kläger sammt dem Beklagten die Kosten daran wenden wollen, was ist dann am Ende viel daran gelegen, ob der Prozeß vergeblich ist oder nicht? Wenig-

stens scheint diese Rücksicht so wichtig nicht zu seyn, daß sie den Richter berechtigen könnte, Beweise über Thatsachen zu fordern, worüber die Parteien einig sind.

Ich glaube auch gar nicht, daß die Meinung der Alten, welche die Lehre von dem amtlichen Einschreiten des Richters bei der Legitimation auf die Bahn brachten, so weit gegangen sey, daß der Richter, unabhängig von den Vorträgen der streitenden Theile, ex officio nachzuforschen, oder, soll ich sagen, nachzuspüren? verbunden sey, ob der Kläger wirklich der rechte Kläger, der Beklagte der rechte Beklagte sey. Ihre Meinung ging wol nur dahin, daß der Richter, wenn er aus den Akten sieht, daß in Ansehung der Legitimation ein Mangel vorhanden sey, auf die Entfernung desselben selbst dann Bedacht nehmen müsse, wenn auch der Beklagte nicht darauf geachtet hat [3]). Wenn also der Kläger ein fremdes Recht geltend machen wollte, und hätte sich gar auf so eine Thatsache nicht berufen, die ihn dazu befugt machen könnte — in welchem Fall ihm eigentlich nicht exceptio deficientis legitimationis, sondern *tua nihil interest* entgegen steht — oder er hätte sich auf Cession, Erbfolge, Vermächtniß berufen, ohne irgend einen Beweis

---

[3]) Es schreibt Mevius (P. 5. Dec. 13.): Etsi exceptio legitimationis temporalis sit s. dilatoria, regulariter ante litiscontestationem opponenda, cum tamen ita comparata est, ut judicium retro reddat nullum, post litem contestatam admittitur, etiam quando appellatum fuit. Et cum nulla facta oppositione admitti debeat, multo magis si facta ejus est mentio, etsi non cum ea, qua solet forma, opponi. Cum et judex defectum legitimationis, *quem ex actis reperit*, per officium supplere debeat.

dafür beizubringen, oder er klagte als Beauftragter, ohne eine Vollmacht aufweisen zu können; — so würde der Richter ihn bald abweisen, bald ihm die Rechtfertigung auflegen, auch, wenn der Beklagte zu jenem Schweigen des Klägers oder auch zu jenen Anführungen desselben geschwiegen hätte. Hingegen wenn der Kläger die Forderung eines Verstorbenen als dessen Erbe geltend machen wollte und der Beklagte räumte ein, er sey wirklich Erbe, dann dürfte dieß Geständniß zur Legitimation hinlänglich seyn, und der Richter sich bei diesem Geständniß beruhigen können [4]).

Ohne dem Urtheil des Lesers vorgreifen zu wollen (wenn es nur nicht protestatio facto contraria ist), scheint es also doch, daß die aufgeworfene Frage zu bejahen und dahin zu beantworten sey, wie das Geständniß des Beklagten zur Legitimation hinlänglich sey, so daß es keines weitern Beweises von Seiten des Klägers bedürfe, und daß der Richter zu keinem Einschreiten berechtigt sey, wenn die Parteien über die Thatsachen, die zur Legitimation gehören, einig sind.

Ich könnte dieß noch weiter ausführen; aber wer die folgenden Blätter aufmerksam lies't, dem werden sich noch Gründe genug für die Bejahung von selbst darbieten.

---

[4]) Auch Ludovici hält den Richter in diesem Fall nicht für berechtigt, dem Kläger Legitimation aufzulegen, wenn der Beklagte das Factum auch bloß nicht bestritten hat. *Ludovici* diss. de legitimatione ad causam §. 10.

III.

Findet zum Zweck der Legitimation das Beweismittel der Eideszuschiebung Statt?

Ueber diese Frage denken die Rechtsgelehrten verschieden. Einige bejahen, andere verneinen sie. Bejahet wird sie von Ludovici [1]); verneint von Rivinus [2]), Schaumburg [3]), Wernher [4]) und Hommel [5]), welcher Letzte indessen zwischen der legitimatio ad causam *activa* und *passiva* unterscheidet und die Eideszuschiebung nur bei jener verwirft, bei dieser aber zuläßt.

Es kann so leicht der Fall nicht vorkommen, daß dem Beklagten zum Behuf der Legitimation der Eid zugeschoben werden könnte; indessen ist es doch möglich, und gleichwie ein Kaufmann ein vollständiges Waarenlager führen, und mit allen, auch den selten gesuchten, Waaren versehen seyn muß, also muß auch in den Vorrathshäusern der Rechtsgelehrten Waare aller Art für die Nachfrage aufgeschichtet und in Bereitschaft liegen, wenn die Kundleute, nämlich die Richter und Advocaten, kommen, daß sie sich Raths erholen, damit sie nicht vergebens gehen.

Gewöhnlich wird der Beklagte die Verhältnisse, worin der Kläger zu dritten Personen steht und die ihn berechtigen, diese Forderung geltend zu machen, wenn

---

[1]) De leg. ad causam §. 36.

[2]) Enunc. tit. 18. enunc. 19.

[3]) Princ. prax. jur. ed. Reichardt p. 135.

[4]) Observat. for. p. 3. obs. 54.

[5]) Rhapsod. obs. 12.

er auch durchs Gerücht davon gehört hat, nicht kennen und auch davon nicht wissen können; allein wenn er davon eine sichere Kenntniß aus eigner Erfahrung hat, oder der Beklagte es wenigstens behauptet, und dieß der Inhalt des Eides ist, so gibt es keinen zureichenden Grund, wodurch in dieser Sphäre das gewöhnliche Beweismittel, oder vielmehr die Stelle des Beweises vertretende Mittel der Eideszuschiebung ausgeschlossen seyn sollte. Dieses Mittel reicht hin, die Forderung selbst zu beweisen; wie sollte es auch nicht zum Behuf der Legitimation angewandt werden können, entweder, damit der Uebergang des Rechts auf den Kläger selbst dadurch bewiesen, oder damit zu diesem Beweise wenigstens beigetragen werde! Warum sollte es dem Kläger nicht erlaubt seyn, dem Beklagten z. B. darüber den Eid zuzuschieben, daß er selbst dabei zugegen gewesen, als der ursprüngliche Gläubiger ihm die Forderung der Frage geschenkt und ihm die Schuldurkunde übergeben habe? Warum sollte der Kläger nicht das Recht haben, dem Beklagten es zur Eideshand zu legen, daß ihm von Seiten des ursprünglichen Gläubigers die geschehene Uebertragung der Forderung an den Kläger angezeigt worden? Ganz ausschließen bei der Legitimation kann man die Eideszuschiebung nicht.

Indessen ist die Sache lange nicht über alle Zweifel erhaben.

Bezweifelt kann die Zulässigkeit der Eideszuschiebung zuvörderst eigentlich nicht deshalb werden, weil der Inhalt des Eides hier auf ein *factum alienum* gerichtet ist, und man nach Römischem Recht wider seinen Willen nicht nöthig hat, über ein factum alienum

zu schwören [6]). Denn so richtig dieser Satz ist, folgt daraus immer nicht, daß die Eideszuschiebung zum Behuf der Legitimation gar nicht Statt finden sollte; es folgt daraus bloß, daß der Beklagte nicht nöthig hat, den Eid anzunehmen. Will er ihn schwören, so kann er es, vorausgesetzt, daß er von dem Facto eine sichere Kenntniß hat [7]). Den Unterschied selbst zwischen dem, was der Beklagte kann und zu thun nicht nöthig hat, möchte ich eben nicht loben; denn wenn Jemand von dem facto alieno aus eigener Erfahrung Kenntniß hat, weil er dabei gegenwärtig gewesen, warum soll man ihm, den man nicht zum Zeugen aufrufen darf, weil er unser Gegner ist, den Eid nicht zuschieben können, ohne daß es von seinem Willen abhängt, ihn anzunehmen oder abzulehnen? Auch will jener Satz des Römischen Rechts wol nur so viel sagen, daß man in so fern nicht nöthig habe, über ein factum alienum zu schwören, daß man sich mit der Unwissenheit entschuldigen könne, ohne in diesem Fall zwischen dem Schwören und dem Zurückschieben wählen zu müssen [8]). Wenn er aber, von der That-

[6]) *L. 11. §. 2. D. de act. rer. amot.* — — jurare non *cogitur; cum iniquum sit, de alieno facto alium jurare.*

[7]) S. *Mevii Dec. P. 1. dec.* 161. *nota* 2. De eo, cujus quis habet conscientiam, *qualecunque sit suum sive alienum factum*, juste juratur et *juramentum defertur.* Mevius stellt in der Decision selbst den Satz auf, daß man wider seinen Willen nicht nöthig habe, über ein factum alienum zu schwören. Man könne es aber, wenn man von dem facto unterrichtet sey, und daher finde auch (unter dieser Voraussetzung) Eideszuschiebung Statt.

[8]) *Voet* ad tit. Dig. de jurej. §. 9.

sache unterrichtet, dieser Entschuldigung sich nicht bedient, sollte er dann nicht genöthigt seyn, wenn er den Eid nicht zurückschieben (oder sachfällig werden) will, über ein Factum zu schwören, welches er unter jener Voraussetzung gar nicht hätte läugnen dürfen? — Und selbst, wenn er sich mit der Unwissenheit entschuldigt, z. B. der Erbe in Ansehung der Handlungen des Verstorbenen, wird er wenigstens sein Nichtwissen eidlich zu erhärten verbunden seyn. Denn wenn Jemand auch nicht nöthig hat, über ein factum alienum zu schwören, daß es nicht geschehen sey; so ist damit nicht gesagt, daß er nicht nöthig habe, zu schwören, wie er davon nicht unterrichtet sey. Und wie, wenn die Thatsache von der Art ist, daß jene Entschuldigung gar nicht möglich ist oder von selbst wegfällt; wenn der Kläger, um bei jenem Beispiel zu bleiben, zum Beklagten spricht: Schwöre, daß Du nicht gegenwärtig warst, als der Beklagte mir die Schuldurkunde übergab, sollte da der Beklagte wol einwenden können, ich habe nicht nöthig, über ein factum alienum zu schwören? In dem zweiten angeführten Beispiel ist es fast noch einleuchtender, daß diese Entschuldigung nicht gelten kann; ja es kann vielleicht nicht einmal ein factum alienum genannt werden, wenn dem Beklagten über die ihm geschehene Anzeige der Cession der Eid angetragen wird, weil es dabei ohne seine Mitthätigkeit nicht abgehen konnte, indem er die Anzeige entgegen nehmen mußte.

So viel von Gründen, aus denen die Möglichkeit der Eideszuschiebung bei der Legitimation nicht bezweifelt werden kann.

Ich komme nun zu denjenigen, die sie zweifelhaft machen.

Zweifelhaft gemacht wird sie dadurch, weil hier von den Rechten eines Dritten die Rede ist, worüber die streitenden Theile sich nicht mit einander vertragen, folglich einander auch nicht den Eid zuschieben können. Wirklich haben auch schon die ältern Rechtsgelehrten aus diesem oder wenigstens einem ähnlichen Grunde an der Möglichkeit der Eideszuschiebung in diesem Fall gezweifelt. So bemerkt Rivinus [9]): Pro non admissibili habetur juramentum ab actore reo delatum super legitimatione ad causam, cum jus tertii concernat, qui semper postea intervenire potest, ita, ut reus, si solvat actori, tutus esse nequeat [10]). Eben so bemerkt Wernher [11]): Quamvis jurisjurandi delatio in omni causa, quando civiliter agitur, locum habeat, legitimatio tamen ad causam non videtur hoc modo expediri posse, tum, quod jus tertii concernat, tum quod reus actori solvendo nullam securitatem adipiscatur. Denselben Grund führt Hommel, unter Berufung auf Rivinus; Schaumburg aber führt keinen an.

Wäre es ausgemacht, wie das Recht, welches der Kläger geltend machen will, einem Dritten zustehe, dann könnte man vielleicht sagen, der Kläger könne mit dem Beklagten darüber keine Verträge schließen, und es finde folglich keine Eideszuschiebung Statt.

Allein hier steht es eben erst zur Frage, ob das Recht dem Kläger zustehe oder einem Dritten. Der Kläger behauptet, es stehe ihm zu, führt Thatsachen

---

9) A. a. O.

10) Ich entlehne die Stelle bona fide aus Ludovici diss. cit. §. 37.

11) Obs. for. p. 3. obs. 54

an, aus denen die Wahrheit seiner Behauptungen folgt, von denen der Beklagte, seiner Angabe nach, Wissenschaft hat, und indem er sich eines gewöhnlichen, von den Gesetzen anerkannten, Beweismittels, oder vielmehr eines, die Stelle des Beweises vertretenden, Mittels bedient, schiebt er dem Läugnenden den Eid darüber zu. Wäre der Beklagte nicht der Beklagte, so hätte er darüber als Zeuge vernommen werden können; jetzt bleibt dem Kläger nichts übrig, als die Eideszuschiebung zur Hand zu nehmen. Durch diese Eideszuschiebung wird der Beklagte zum Zeugen bestellt, dessen Zeugniß, wenn es, durch Verweigerung des Eides, für den Beklagten ausfällt, um so glaubwürdiger ist, da es sein Vortheil ist, den Eid zu schwören, um das Objekt zu behalten. Nachtheilige Folgen sind für Niemanden zu besorgen. Es ist zwar, auch wenn der Eid verweigert wird, immer möglich, daß ein Dritter der rechte Gläubiger sey; allein dieselbe Möglichkeit ist beim Gebrauch eines jeden andern Beweismittels eben also vorhanden. Dem Dritten, wenn er Ansprüche zu machen hat, bleiben sie, wenigstens de jure, erhalten. Ihm kann es nicht nachtheilig seyn, wenn der Beklagte den Eid verweigert, und das Objekt aus den Händen des Beklagten an den Kläger gelangt. Auch für den Beklagten ist nicht die geringste Gefahr zu besorgen. Entweder ist die Angabe des Klägers ungegründet; dann darf er ja nur den zugeschobenen Eid annehmen und schwören, um sich sicher zu stellen. Oder sie ist gegründet. Dann handelte er schon unerlaubt, wenn er läugnete, und es zur Eideszuschiebung kommen ließ. Vielmehr gebührte es ihm, seine Kenntniß einzugestehen, die Ansprache des

Klägers als gegründet anzuerkennen und sie zu befriedigen, oder, falls er die Forderung selbst bestreitet, den Streit mit dem Kläger aufzunehmen. Die Besorgniß, daß ein Dritter Ansprache haben möchte, kann gerade er am allerwenigsten vorschützen, da er, der Voraussetzung zufolge, aus eigener Erfahrung vom Gegentheil überzeugt ist [12].

Es könnte hieran schon genug seyn. Ich will aber, meinen Satz noch auf andere Art zu begründen, noch einen zweiten Beweis zu führen, versuchen.

Wenn wir die Sache beim Lichte betrachten, so ist hier, bei der Legitimation, von dem Objekt selbst eigentlich nicht die Rede, sondern, ob das Objekt an den Kläger auszuliefern sey. Der Beklagte, welcher es besitzt und zu vertheidigen hat, kann dem Kläger, wenn er bei Gericht belangt wird, weichen und es ihm ausliefern, sobald die Forderung selbst, ihrem Daseyn und ihrer Größe nach, ausgemittelt ist, wie

---

[12]) Recht gut ist auch, was Ludovici a. a. O. zur Widerlegung des Rivinus bemerkt: Neque hoc casu (quando quis agit ex jure cesso) juramenti delationem simpliciter reprobandam esse existimarem, cum juramenti delatio non solum jus cedentis tanquam tertii, sed simul etiam ipsius cessionarii jus concernat. Et quid si actor dicat, reum factae cessionis notitiam omnino habere? modo tamen juramentum non conscientiae, sed scientiae rei committatur. Posito demum, reum ne quidem scientiam habere factae cessionis; non video tamen, quale praejudicium ipsi per juramenti delationem inferatur. Jurat enim, se ignorare factum cessionis et hocce juramento praestito actori solvere non tenetur, sed ex omni parte securus est.

er auch außergerichtlich hätte thun können. Er kann die Ansprache des Klägers nicht nur für gegründet erkennen, sondern er muß es auch, wenn er von der Berechtigung des Klägers überzeugt ist. Kein Zweifel also, daß auch Eideszuschiebung über Ansprüche, die der Eine macht, und der Andere anerkennen und befriedigen kann, möglich sey.

In dem Eidesantrag ist, wenn man ihn aus einander legt, dieser Vorschlag enthalten. Der Kläger spricht zum Beklagten: Du bestreitest, daß ich der rechte Gläubiger sey, wiewol Du von den Thatsachen, die mein Recht begründen, aus eigner Erfahrung unterrichtet bist. Ich will es auf Deinen Eid ankommen lassen. Schwöre also — oder erkenne meine Ansprüche an. Schwörst Du, so trete ich zurück; schwörst Du nicht, so bist Du verbunden, das Objekt an mich auszuliefern. Nun wähle! — Darauf antwortet der Beklagte: Ich schwöre und erkenne Deine Ansprüche nicht an. Oder: ich will nicht schwören und Deine Ansprüche anerkennen.

Dieß ist hier die Bedeutung der Eideszuschiebung; darin besteht der Gegenstand ihrer Vereinbarung.

Aber kann nicht etwa der Richter, aus Vorsorge für mögliche Rechte eines Dritten, eine solche Vereinbarung hindern? So weit, denke ich, erstreckt sich das officium judicis nicht. Höchstens ließe sich eine Ausnahme annehmen bei Individuen, wenn diese das Objekt der Rechtsverfolgung ausmachen.

Indessen habe ich schon bemerkt, daß die Rechte des Dritten, wenn dergleichen vorhanden sind, durch Eideszuschiebung und deren mögliche Folgen nicht ge-

kränkt werden — und daß es der Beklagte ist — nicht der Richter — welcher das Objekt, was der Kläger verfolgt, zu vertheidigen und dem Andringen des Klägers sich zu widersetzen oder ihm zu weichen, den Beruf hat; was denn auch auf Fälle dieser Art Anwendung finden dürfte.

IV.

Juramentum suppletorium bei der Legitimation.

Wenn zum Behuf des Hauptbeweises, die Unvollständigkeit desselben zu ergänzen, Eidesleistung von Seiten des Beweisführers zulässig ist, so sollte man denken, sie werde nicht unzulässig seyn zum Behuf der Legitimation, die auch nichts ist, als ein Beweis, welcher an Stärke dem Hauptbeweise, wie man lehrt, nachstehen darf. Auch zweifeln die Rechtsgelehrten im Allgemeinen nicht an der Zulässigkeit des Erfüllungseides bei der Legitimation.

Nur Anton Faber lehrt, sie finde nicht Statt, wenn vom Beweise der Cession die Rede sey. Die Cession sey stricti juris, weil sie in die Form der Stipulation eingekleidet werde; es komme darauf an, was ausdrücklich verabredet sey. Daher finde nur schriftlicher Beweis (probatio per scripturam) Statt; kein

Beweis durch Zeugen und folglich auch kein suppletorium [1]).

Hingegen lehrt Brunnemann, die Cession sey ein bloßer Auftrag, und könne nicht nur durch Urkunden, sondern auch durch Zeugen bewiesen werden; ein suppletorium finde wenigstens im Nothfall Statt [2]).

Nichts ist schwerer zu widerlegen oder wenigstens peinlicher, als was auf schwachen oder verkehrten Gründen beruht. Daher will ich bloß bemerken, man könne die von Anton Faber aufgestellten Gründe, den nächsten, wie den entfernteren, immerhin zugeben, wiewol sie theils unrichtig sind, theils jetzt keine Anwendung mehr finden würden, ohne daß man doch genöthigt wäre, ihm die daraus abgeleiteten Folgerungen gelten zu lassen.

Vielleicht hat er eigentlich sagen wollen, es sey nicht genug, die Cession selbst zu beweisen, sondern es komme auf den Inhalt an. Das würde aber auch nichts beweisen. Was durch Schriften bewiesen werden kann, das kann möglicherweise durch Zeugen auch bewiesen werden.

Besser ist es freilich, wenn über die Cession Beweis durch Schriften beigebracht wird; auch wird es gewöhnlich nicht daran fehlen; wie aber, wenn keine verfertigt, oder die verfertigten verloren gegangen sind? Warum sollten dann nicht auch andere Beweismittel, und namentlich Zeugen, zum Beweise gebraucht werden können, die doch bei allen anderen, nicht minder wichtigen, Verträgen zum Beweise hinlänglich sind?

---

[1]) *Anton Faber* Codex defin. for. lib. 4. tit. 29. def. 13.

[2]) *Brunnemann* de cess. act. cap. 5. no. 68. seq.

Man kann nicht einmal einräumen, daß sie nur in subsidium gebraucht werden können, wiewol es dem Cessionar nicht in den Sinn kommen wird, Zeugen zum Beweise zu gebrauchen, wenn er schriftlichen Beweis zu führen im Stande ist.

Ich könnte noch sagen, es lehre die Geschichte, daß einmal ein schriftlicher Aufsatz zur Cession nöthig gewesen, nach Justinian's Gesetzen sey es nicht mehr so [3]); aber — das hätte ich eigentlich schon früher sagen sollen; nun ist es damit zu spät.

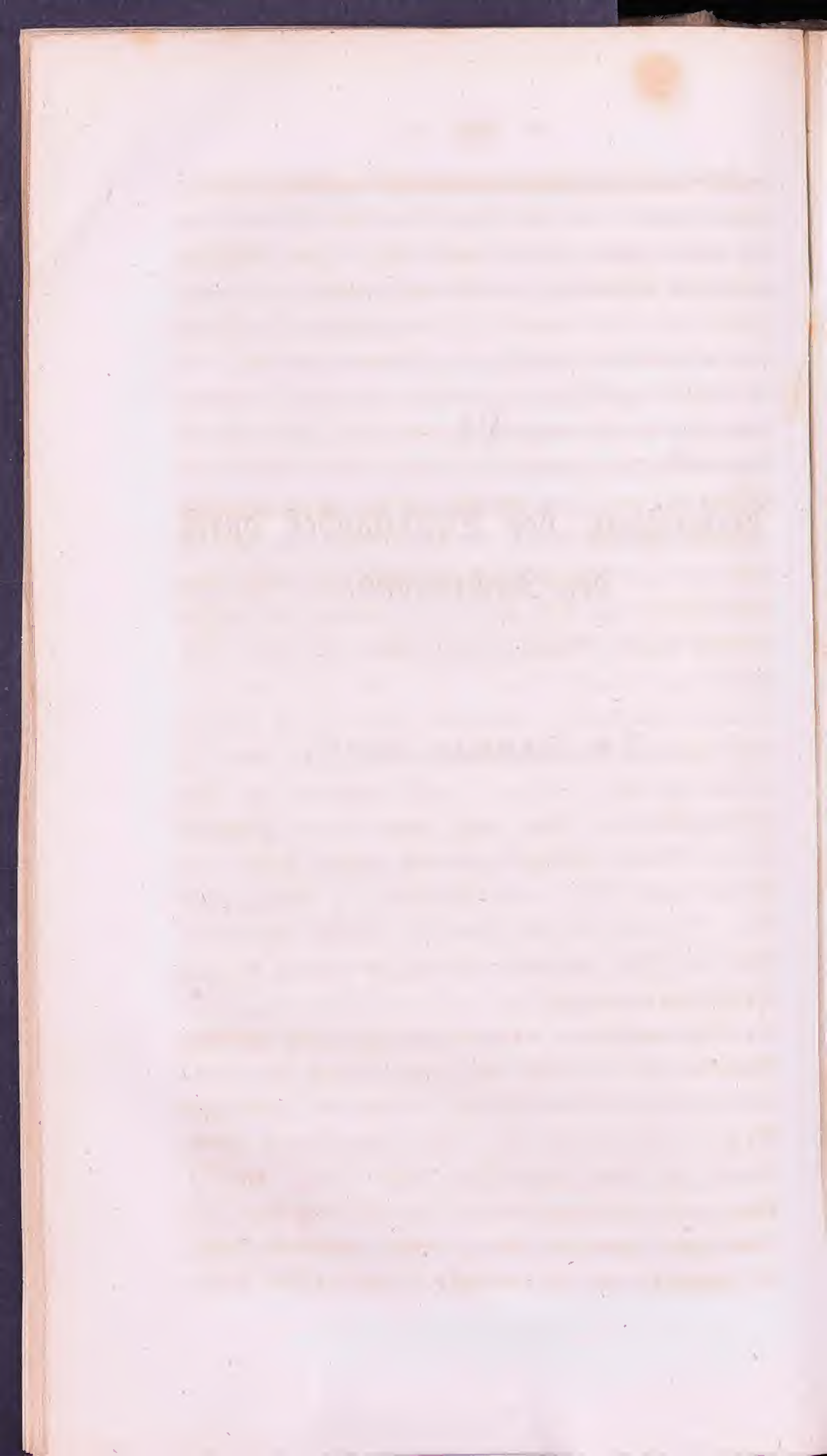
---

[3]) Westphal vom Kauf. | §. 825.

VI.

Verschlingen des Besitzstandes durch den Rechtsstand.

(Im Januar 1826.)



Wenn wir von gegebenen Gesetzen den Blick abwenden und bloß auf die Natur der Sache sehen, so gibt es keine besondere Klagen, die auf Erlangung oder Wiedererlangung des Besitzes oder auf Schutz im Besitze gerichtet wären; sondern nur solche, die auf das Recht gegründet sind. Es gibt also keine interdicta (possessoria) und keine actiones, im Gegensatz derselben, und keine Unterscheidung von remediis possessoriis und petitoriis. Auch kannte die alte Zeit ursprünglich nur diese, nicht jene; bis die Prätoren sich ins Mittel schlugen und den bloßen Besitz, abgesehen vom Recht, mit Interdicten in Schutz nahmen. Dadurch ist eine Spaltung zwischen dem Besitz und dem Recht entstanden, die sich im Verlauf der Zeit immer mehr erweitert hat.

Also gewähren die bürgerlichen Gesetze in gewissen Fällen einstweilen den Besitz, und schützen ihn einstweilen gegen Eigenmacht und Selbsthülfe, bis das Recht ausgemacht ist. Sie unterscheiden daher Klagen, die den bloßen Besitz, von solchen, die das Recht und dessen Anerkennung und nur folgeweise den Besitz zum Gegenstande haben. Beide verhalten sie sich zu einander, wie die vorläufig auszumachende Sache

zu der Hauptsache [1]); es soll nämlich durch die erstern ausgemittelt werden, wem bis zur ausgemachten Sache der Besitz zuzuerkennen, wem er abzusprechen, wer also in dem Hauptstreit, wenn es nämlich dazu kommt, was freilich nicht nothwendig ist, sondern von dem Willen des Besiegten abhängt, als Besitzer zu belangen sey, oder wer als Nichtbesitzer, die Rolle des Klägers und die Beweislast über sich zu nehmen habe [2]). Sie gehören daher auch an denselben Richter; — können aber nicht gleichzeitig gehäuft werden.

Eine Verbindung von Rechtsmitteln, die den Besitz, mit solchen, die das Recht angehen, ist, nach Römischem Recht, gar nicht zulässig; sondern, im Fall Besitz und Recht zugleich streitig sind, ist es Grundsatz des Römischen Rechts, daß zuvörderst über den Besitz gestritten und zuvörderst ausgemittelt werde, wem der Besitz zuzusprechen und wer im Besitz zu schützen sey; und erst, nachdem dieß geschehen, kommt das Recht an die Reihe, und ist es Sache des Besiegten in possessorio, —

---

[1]) L. 10. C. de jud. L. 7. C. ad leg. Jul. de vi publ.

[2]) *L.* 1. §. 45. *D. de aqua quot.* Meminisse autem debemus, in hoc interdicto totam quaestionem finiri adsignationis. Non enim praeparat hoc Interdictum causam, ut superiora interdicta (nämlich de vi et vi armata, uti possidetis etc.); nec ad possessionem temporariam pertinet: sed aut habet jus adsignatum sibi, aut non habet, et Interdictum totum finitur (hier ist es mit dem bloßen Interdict abgethan, weil es das Recht, nicht den Besitz, betrifft). *L.* 62. *D. de jud.* Inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, et qui commodo possessoris fungatur.

wenn es ihm so gefällt — *in petitorio* sein Recht auf die Sache zu verfolgen und — zu beweisen [3]).

Das Canonische Recht, ohne diesen Grundsatz geradezu anzutasten, auf den es sich vielmehr, wo es ihm dient, beruft [4]), weiß sich dadurch zu helfen, daß es sich in der Anwendung darüber hinwegsetzt. Es erlaubt zwar nicht, duldet aber die Häufung possessorischer Rechtsmittel mit petitorischen [5]). Es versteht sich dieß von solchen, die mit petitorischen verträglich sind. Dahin gehören Rechtsmittel, die auf Einräumung oder Wiederherstellung des entzogenen Besitzes gerichtet sind; nicht aber diejenigen, welche Beibehaltung des Besitzes zum Zweck haben. Denn die petitorischen Klagen stehen der Regel nach dem Nicht-

---

[3]) *L.* 13. *C. de rei vind.* Ordinarii juris est, et mancipiorum orta quaestione, prius exhibitis mancipiis de possessione judicetur, ac tunc demum proprietatis causa ab eodem judice decidatur. *L.* 3. *C. de interdictis.* Incerti juris non est, orta proprietatis et possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quaestionem competentibus actionibus, ut ex hoc, ordine facto, de dominii disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur. Interdicta autem, licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habeant, tamen ad exemplum eorum res agitur. *L.* 1. *C. de appellat.* Prius de possessione pronunciare et ita crimen violentiae excutere Praeses provinciae debuit; quod, cum non fecerit, juste ab eo provocatum est. *L.* 14. §. 13. *D. de exc. rei jud.* Si quis interdicto egerit de possessione: postea in rem agens non repellitur per exceptionem: quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

[4]) Cap. 2. X. de causa poss. et proprietatis.

[5]) Cap. 2. 3. 4. 6. X. de causa poss. et proprietatis.

besitzer gegen den Besitzer zu, nicht aber umgekehrt. Wer also im Besitz ist und darin gestört zu seyn behauptet, kann zwar ein remedium retinendae possessionis gebrauchen, aber keine petitorische Klage damit verbinden. Nur wer ausnahmsweise mit einem remedio petitorio klagen kann, auch wenn er sich im Besitz befindet, der kann zugleich den Besitz und auch das Recht geltend machen. Daher ist eine Verbindung eines remedii retinendae possessionis mit der *actio confessoria* zulässig. Ja, auch in anderen Fällen können Klagen, die auf Beibehaltung des Besitzes gerichtet sind, mit andern, welche das Recht angehen, *alternatim* gehäuft werden; nämlich, wenn der Kläger zweifelhaft ist, ob es ihm gelingen werde, den Besitz zu beweisen, kann er mit dem remedio possessorio ein remedium petitorium verbinden, um durch das eine oder durch das andere seinen Zweck zu erreichen [6]). Diese Grundsätze befolgt die Praxis [7]).

Obwol es hiernach erlaubt ist, so ist es doch nicht rathsam, Klagen, die den Besitz betreffen, mit solchen, die das Recht angehen, zu häufen; weil der Kläger sich dadurch der Vortheile beraubt, die der Besitz ihm gewähren würde, falls er es abgewartet hätte, daß dieser ihm zuerkannt wäre [8]). Der ganze Vortheil besteht darin, daß einige Kosten erspart werden; ein Vortheil, der vielleicht bloß dem besiegten Gegner zu Gute

---

[6]) *Berger* oeconomia jur. p. 1175. *Wernher* obs. for. P. 4. obs. 118. *J. H. Boehmer* jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 12. §. 5.

[7]) *J. H. Boehmer* jus. eccl. Prot. lib. 2. tit. 12. §. 5.

[8]) *Schaumburg* Princ. prax. jur. jud. lib. 2. cap. 4. §. 1. not. 4.

kommt. Indessen fand das Canonische Recht diese Rücksicht wichtig genug, eine solche Verbindung zu dulden; denn einen anderen Grund finden wir nicht angegeben [9]).

Die Folge der Verbindung von Klagen, die den Besitz, mit solchen, die das Recht betreffen, ist, daß beide gleichzeitig erörtert und entschieden werden. Und zwar geht im Urtheil der Besitz, bei der Vollziehung aber das Recht voran [10]). Indessen erlaubt das Canonische Recht, wenn über Beides gleichzeitig Beweis aufgenommen worden, daß zuerst in possessorio entschieden und das petitorium einstweilen ausgesetzt werde [11]) und die Rechtsgelehrten geben, unter Berufung auf diese Stelle, überhaupt die Regel, wenn der Besitzstand hinlänglich erörtert ist, sey darüber zuvörderst zu urtheilen, der Rechtsstand aber zur weiteren Erörterung vorzubehalten [12]). Es wird also dem einen der Besitz zuerkannt, bis es dem Gegner gelingt, ihn im Rechtsstande aus dem Besitz wieder zu verdrängen. Wenn aber beide zur (endlichen) Entscheidung reif sind, dann scheint das Urtheil in petitorio, wie es auch ausfallen mag, die Entscheidung in possessorio unnöthig zu machen. Was kann es nützen, dem einen den Besitz, dem andern das Recht zuzusprechen, da ja dieses, selbst nach

---

9) Cap. 2. X. de causa poss. et propr.

10) *Cap.* 6. *X. de causa poss. et propr.* — Cum super possessorio et petitorio simul est actum, utrumque una sententia debet terminari. Sed licet in pronunciatione sit possessio praemittenda: et executione tamen debet proprietas praevalere.

11) Cap. 2. X. de causa poss. et propr.

12) *J. H. Boehmer* jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 12. §. 11. *G. L. Boehmer* Princ. jur. Can. §. 685. *Schaumburg* Princ. prax. jur. lib. 2. cap. 4. §. 1. nota 4.

ausdrücklicher Bemerkung des Canonischen Rechts, bei der Vollziehung vor dem Besitz den Vorzug hat? Oder welchen Vortheil gewährt es dem Sieger, wenn ihm etwa, außer dem Recht, zugleich auch noch der Besitz, der ihm schon in Folge des Rechts zu Theil werden muß, zuerkannt wird? Nur, wenn dem in petitorio Besiegten der Besitz, worin er sich befand, eigenmächtig entzogen ward — wenn er ein spolium erlitten hat — nur da ließe es sich rechtfertigen, wenn, damit der Gerechtigkeit ein Genüge geschehe, der Gegner auch dann angehalten würde, dem Kläger den auf widerrechtliche Art erlangten Besitz wieder abzutreten, wenn ihm auch das Recht auf die Sache zuerkannt würde, und sie vermöge dessen, nach der Wiederauslieferung, an ihn zurückzugeben wäre.

Wirklich gibt es auch für Fälle dieser Art eine eigene Entscheidung — cap. 3. X. de causa poss. et propr. — deren Inhalt die Summa so angibt: Si spoliatus, possessorio et petitorio simul agens, possessionem et spoliationem probat, sed non dominium seu proprietatem, obtinet in possessorio, sed succumbet in petitorio.

Ueber diese Entscheidung macht Doneau sich nicht wenig lustig. O, vortreffliche Entscheidung! ruft er aus, die dem Kläger den Besitz zuspricht, weil er Besitzer, und dem Beklagten den Besitz, weil er Eigenthümer war. O, weiser Richter! welcher dem Kläger denselben Besitz zuspricht und zugleich auch abspricht. Aber hören wir ihn selbst, mit seinen eigenen Worten: Sententia mirifica, ut judex jubeat, reum possessionem restituere actori, qui possessor est, et simul eodem momento eademque sententia jubeat eum ipsum actorem resti-

tuere possessionem reo, qui dominus est, et superior in jure proprietatis. Quae sententia non tam est iniqua et absurda, quam ridicula et derisoria. Est enim festivus judex, qui dicit, se actori possessionem tribuere, quam non tribuit [13]). Bescheiden und artig, wie er pflegt, sucht J. H. Böhmer [14]) die Ehre des Papstes zu retten. Das Urtheil über den Besitz sey immer nicht ohne Werth; es habe Einfluß auf die Vergangenheit; nämlich auf die Gültigkeit der Handlungen, die Jemand als Besitzer vorgenommen, z. B. auf die in diesem Fall geschehene Wahl; es könne auch in Hinsicht auf die Früchte in Betrachtung kommen. Kurz, in dem angenommenen Fall, da dem besitzentsetzten Kläger der Besitz zuerkannt, das Eigenthum aber abgesprochen wird, beziehe sich das Urtheil, was *in possessorio* ergangen, auf das *praeteritum*, das Urtheil *in petitorio* aber gehe auf *praesens* und *futurum*. Mir scheint es, man müsse unterscheiden das Urtheil darüber, wer bisher im Besitz gewesen, von demjenigen, wer darin zu schützen, oder darin wieder einzusetzen sey. Ueber die erstere Frage, wiewol sie für die Vergangenheit von Einfluß seyn kann, wird es keines besondern Ausspruchs bedürfen; oder vielmehr ein Urtheil darüber ist gar kein Urtheil, kann aber den Grund eines andern enthalten, nämlich, wenn über die Folgen gewisser Handlungen gestritten wird. Wir treten den Richter nicht deshalb an, weil wir durch ihn unterrichtet seyn wollen, wem von uns der Besitz gebühre, wer darin sey oder gewesen sey, sondern damit er uns zum Besitz verhelfe,

13) *Donellus* ad l. 3. C. de interdictis.

14) Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 12. §. 11.

uns darin schütze oder uns darin wieder einsetze. Es kommt also beim Urtheilsprechen nicht auf die Vergangenheit, sondern gerade immer auf Gegenwart und Zukunft an. Von dieser Seite möchte also die Entscheidung des Papstes schwerlich zu rechtfertigen seyn. Es kann auch nicht die Meinung dabei zum Grunde liegen, daß der widerrechtlich erlangte Besitz von Seiten des siegenden Beklagten dem Kläger zuvörderst wieder abzutreten sey, damit die Gerechtigkeit befriedigt werde, und der Beklagte dem Kläger die Sache, die er ihm via facti abgenommen, zurückgebe, damit sie darauf via juris wieder in seine Hände gelange; wenigstens würde dieß mit dem vom Pontifex aufgestellten allgemeinen Grundsatz, daß im Urtheil der Besitz, bei der Vollziehung aber das Recht vorangehe, nicht zusammenstimmen [15].

Ich wüßte noch wol einen anderen Grund, die Entscheidung zu vertheidigen, nämlich, wenn es die Meinung des Papstes gewesen wäre, demjenigen, dem er den Besitz zuerkannte, wegen Mangels des Beweises das Recht bloß nicht zuzuerkennen, ohne es seinem Gegner zuzusprechen, und der Inhalt des Capituli spricht dafür und — auch wieder nicht dafür. Ich mag

---

[15]) Ohne diesen ihnen entgegen stehenden Grund zu kennen oder zu berücksichtigen, nehmen die Rechtsgelehrten zum Theil an, auch ausgemachtes Eigenthum des Beklagten hindere die Zurückgabe eigenmächtig entzogenen Besitzes nicht. S. *Mev.* P. 7. dec. 299. Andere lehren das Gegentheil; der Spoliator sey zwar zu bestrafen; aber wenn der Kläger kein Recht hatte, die Sache zu besitzen, der Beklagte nicht zu nöthigen, dem Kläger die Sache wieder zu geben, die er ihm doch würde zurückgeben müssen.

mich aber dabei länger nicht aufhalten, aus Besorgniß, dem Canonischen Recht zu große Ehre zu erweisen.

Wenigstens in der Allgemeinheit, wie das Canonische Recht ihn gibt, läßt sich der Satz, daß in demselben Urtheil über beides, den Besitz und das Recht, erkannt werden müsse, woraus die Folge entsteht, daß das Urtheil über beide verschieden lauten, und mit sich selbst im Widerspruch stehen kann, wenigstens in Ansehung der Hauptsache nicht, sondern nur etwa in Ansehung der Kosten rechtfertigen. Kein Wunder indessen, wenn ein von Haus aus ungereimter Satz auf ungereimte Ergebnisse führt. Kein Wunder auch, wenn die Rechtsgelehrten dieß zu verbessern gesucht haben, und der Gebrauch sich über das Gesetz hinweg gesetzt hat.

Selbst J. H. Böhmer, wiewol er die Entscheidung des Papstes theilweise zu vertheidigen sucht, setzt doch sogleich hinzu: Imo existimarem, hodie non amplius in utroque remedio una sententia pronunciari, si sententia in possessorio nullum habitura sit effectum, prout plerumque (nur *plerumque? semper* hätte es heißen müssen) contingit, si jus rei in petitorio liquidum sit. Ueberhaupt stellen die Rechtsgelehrten die Regel auf: der Rechtsstand, sobald er im Klaren ist, verschlingt den Besitzstand, oder: *Petitorium liquidum absorbet possessorium* [16]. Aehnliche Aeußerungen sind: Quando de petitorio constat, de possessorio frustra disceptatur. Ingleichen: A petitorio possessorium absorbetur et qui jus probavit, eidem possessio quoque relinquenda est [17]. Schon die Glossographen stellten

[16]) *Mev.* P. 6. dec. 100. *Wernher* Observ. for. P. 4. obs. 118. *Lauterbach* Coll. th. pr. lib. 43. tit. 1. §. 16.

[17]) *Wernher* a. a. O.

diese Sätze auf [18]), worin die späteren Rechtsgelehrten übereinstimmen. Wenn also der Rechtsstand im Klaren und zum Spruch reif ist, macht er eine weitere Erörterung des Besitzstandes, wenn es deren bedarf, und überhaupt das Urtheil darüber unnöthig, und demjenigen ist der Besitz zuzuerkennen, dem das Recht auf die Sache und somit auf den Besitz zusteht. Auch ohne Häufung, wenn bei Besitzstreitigkeiten die Parteien das Recht eingemischt haben und dieses im Klaren ist, kann über dieses erkannt werden und verschlingt es den Besitzstand, aller Protestationen, man wolle dieß oder jenes nur pro coloranda possessione angeführt haben, ungeachtet [19]). Aber wol gemerkt, das Recht muß außer Zweifel gestellt seyn, so daß darüber ein Endurtheil möglich ist.

Der Grund von allem dem darf nicht weit gesucht werden. Der Besitz kann immer nur einstweilen geschützt werden, nämlich so lange das Recht nicht ausgemittelt ist. Man kann diesen Satz auch so ausdrucken: der bisherige Zustand muß aufrecht erhalten werden, bis sich rechtliche Gründe ergeben, die hierin eine Aenderung nöthig machen oder wenigstens rechtfertigen. Sobald aber das Recht im Klaren ist, wird nach dem bloßen Besitz, als einer bloßen Thatsache, einem Zustande, der, was er Rechtliches an sich hat, von dem Rechte erborgen muß, nicht weiter gefragt. Vielmehr muß dieser vor jenem sich beugen [20]). Daher ist die angeführte Regel:

---

[18]) Glossa ad cap. 6. X. de causa poss. et propr.

[19]) S. *Mev.* P. 6. dec. 100. *Leyser* spec. 468. med. 31.

[20]) *L.* 9. *D. de rei vind.* Officium judicis in hac actione hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem

Petitorium liquidum absorbet possessorium, in der Natur der Sache wol gegründet.

Wir sehen aber: 1) nach Römischem Recht kann mit remediis possessoriis und petitoriis nicht neben einander geklagt werden, sondern nur nach einander. Zuerst mit possessoriis, dann mit petitoriis. Man hat eben nicht nöthig, wenn man beide Arten von Klagen erheben kann, zuerst mit possessoriis zu klagen; sondern man kann sich auch einer dinglichen Klage, statt einer, die auf Besitz gerichtet ist, bedienen, wiewol es rathsam ist, dieser vor jener den Vorzug zu geben [21]); aber will man beides, Besitz und Recht, geltend machen, so muß es in dieser Ordnung geschehen. Und wie kann es anders seyn, da das Römische Recht den Besitzstreit als einen vorläufigen ansieht, wodurch nur einstweilen ein rechtlicher Zustand unter den streitenden Theilen hergestellt werden soll, den Rechtsstreit aber als den Hauptstreit, so daß beide in dem Verhältniß stehen, daß der eine nur auf den andern folgen kann. Dieß hindert indessen nicht, daß nicht ein Kläger, der in petitorio geklagt hat, mit einstweiliger Beiseitsetzung dessen, in possessorio klagen könnte [22]).

---

pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi, rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem.

[21]) *L.* 24. *D. de rei vind.* Is, qui destinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem: quia longe commodius est, ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere.

[22]) *L.* 18. §. 1. *D. de vi et vi armata.* Cum, qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto unde vi potuit experiri, pendente judicio nihilo minus interdicto recte agere

2) Das Canonische Recht erlaubt gleichzeitige Anwendung beider Rechtsmittel, so daß sie auch gleichzeitig zur Erörterung kommen und, der Regel nach, zu gleicher Zeit darüber entschieden wird. Und zwar wird über jedes insbesondere, doch in demselben Urtheil, entschieden, und es kann der Kläger im Besitzstande siegen und im Rechtsstande — unterliegen. Es geht aber im Urtheil der Besitz, bei der Vollziehung geht das Recht voran. Davon weiß das Römische Recht nichts. Indessen ließe sich diese Abweichung vom Römischen Recht, in so fern bloß von einer gleichzeitigen Häufung beider Rechtsmittel und einem zu gleicher Zeit über beide geführten Streit die Rede ist, noch allenfalls rechtfertigen. Der Kläger fordert die Sache aus einem doppelten Grunde, oder um seinen Zweck desto sicherer zu erreichen, führt er einen doppelten Grund an, von denen ihn der eine und in subsidium wenigstens, wie er hofft, der andere zum Ziel führen soll. Er will den Besitz der Sache haben, weil er ein Recht hat, sie zu besitzen, oder weil er sich darin befindet, will er darin geschützt seyn, oder er will ihn wiederhaben, weil er ihm widerrechtlich entzogen ist — zugleich auch will er ihn haben, weil ihm die Sache gehört. Allein, eine Verbindung dieser Art dehnt den Prozeß aus, zieht ihn in die Länge, der doppelte Streit gibt zur Verwirrung Veranlassung, der eine wird durch den andern aufgehalten, und am Ende kann es dahin kommen, daß der eine durch den andern unnöthig ge-

---

placuit. Das Canonische Recht billigt dieses gleichfalls, nur muß es vor dem Beschluß der Sache geschehen. Cap. 5. X. de causa poss. et propr. clem. un. eod.

macht wird. Können diese Nachtheile den (ungewissen) Vortheil der Kostenersparung aufwiegen?

3) Die Rechtsgelehrten thaten Verschlingen des Besitzstandes durch den Rechtsstand hinzu. Das stärkere Recht, unter dem Bilde eines gefräßigen Thiers, nimmt keinen Anstand, den schwächern Besitz — wenn es erlaubt ist, so zu reden — aufzuschlucken, so daß dieser spurlos verschwindet. Von einem solchen Verschlingen oder Aufschlucken — oder soll ich es durch Aufzehren oder durch Einsaugen ausdrukken? — weiß das Römische Recht und auch das Canonische nichts. Es scheint dieß sogar dem Canonischen Recht geradezu entgegen zu seyn [23]).

Wenn man alles dieses zusammen nimmt, so kann Jemand, dem remedia possessoria und petitoria zur Seite stehen, sich ihrer bedienen nach einander, neben einander, durch einander. Klagt er zuvörderst in possessorio, und es gelingt ihm nicht, den Besitz zu erstreiten, so steht es ihm frei, durch Anwendung einer dinglichen Klage sein Recht geltend zu machen, ohne daß ihm exceptio rei judicatae im Wege stände [24]). Ueberhaupt wem von beiden es nicht gelingt, im Besitzstande zu siegen, dem bleibt, in petitorio sein besseres Recht auszuführen, vorbehalten [25]). Sind beide Rechtsmittel gehäuft, so findet gleichzeitige Erörterung beider Statt; entschieden (endlich entschieden) wird über dasjenige zuerst, was zuerst zum Spruch reif ist. Mevius [26]) gibt die Regel: Quoties possessorium et pe-

---

[23]) Cap. 36. X. de testibus.

[24]) L. 14. §. 3. D. de exc. rei jud.

[25]) Cap. 7. X. de causa poss. et propr.

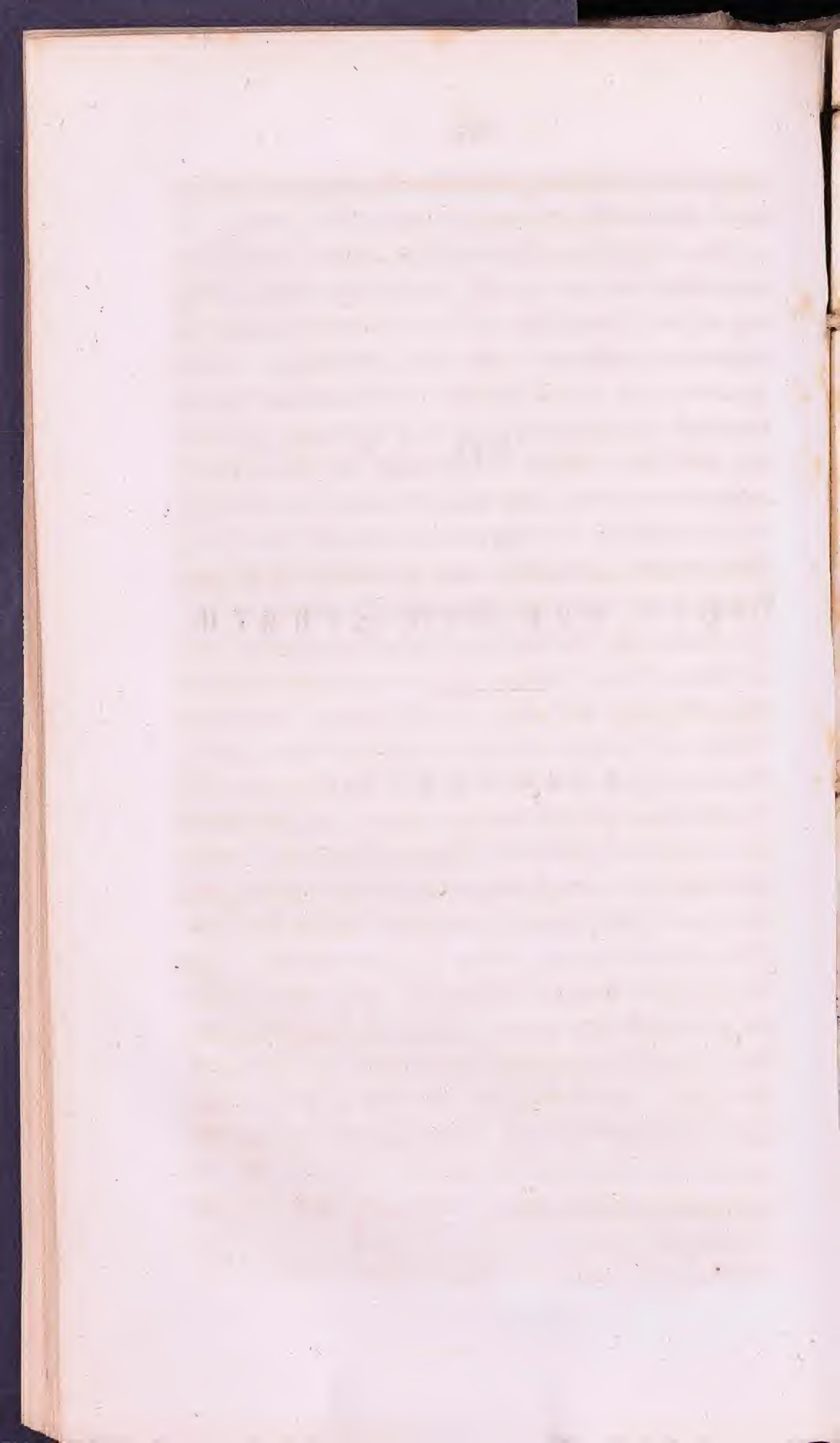
[26]) P. 6. dec. 100.

titorium cumulatur seu simul in judicium venit, id prius decidendum, de quo prius docetur. Wenigstens kann der Richter, wenn der Besitzstand hinlänglich erörtert und früher zum Spruch reif ist, als der Rechtsstand, über jenen erkennen, und das Urtheil über diesen aussetzen. Umgekehrt, wenn der Rechtsstand hinlänglich erörtert und im Klaren ist, wird über diesen erkannt, ohne daß es weiter darauf ankommt, ob der Besitzstand es gleichfalls ist oder nicht. Denn — um auf das Hauptthema zurückzukommen und damit zu schließen — unter allen Umständen verschlingt der Rechtsstand, sobald er im Reinen ist, den Besitzstand: Petitorium liquidum absorbet possessorium.

VII.

Zur Lehre von den Zeugen.

(1823. 1825.)



1.

Vom Inhalt des Zeugnisses.

Den Lehrbüchern zufolge soll ein Zeuge nichts aussagen, als was er durch seine Sinne empfunden hat. Der Sinne gibt es bekanntlich fünf, bei Menschen, wie bei Thieren, und gerade eben so viele kennen auch die Rechtsgelehrten, nicht mehr, noch weniger. *Quinque sensus in humano corpore*, bemerkt Stryck [1], *statuunt quoque juris interpretes;* wiewol einer, der es nicht besser wüßte, glauben möchte, darüber etwas zu statuiren, sey gar ihres Amts nicht. Also, was der Zeuge gesehen, oder gehört, oder gefühlt, oder geschmeckt, oder durch den Geruch empfunden hat, darüber kann er ein gültiges Zeugniß ablegen. Sie können auch einander unterstützen, diese Sinne, und besonders dient das Gefühl, als das untrüglichste unter allen, die Wahrnehmungen des Gesichts zu bestätigen, oder auch — zu berichtigen. So sind z. B. die Täuschungen, welche die Kunst hervorgebracht hat, oft nicht anders als durch das Betasten zu zerstören. In den gewöhnlichen Fällen kommt es freilich bloß auf das

[1]) De jure sensuum prooe- | mium nr. 22.

Sehen und Hören an; indessen sind doch auch, wie gesagt, die Wahrnehmungen durch andere Sinne nicht ausgeschlossen und in Fällen, wo vom Gefühl, oder Geschmack, oder Geruch die Rede ist, ist es ein hinlänglicher Grund des Wissens, wenn der Zeuge aussagt: *tetigi*, *gustavi*, *odoravi* [2]). Die Gültigkeit eines solchen Zeugnisses wird durch die Notariatordnung bestätigt, wonach der Notarius, der sich auf das Sehen und Hören beschränken soll, in Fällen, wobei es auf den Gebrauch anderer Sinne ankommt, die Zeugen vor sich (in seiner Gegenwart) schmecken, riechen, fühlen zu lassen und darüber, was sie auf diese Art empfunden, ihr Zeugniß aufzunehmen, angewiesen ist; wiewol es nicht schadet, wenn er auch seine eigenen Sinne dazu gebraucht und sein eigenes Zeugniß hinzuthut [3]). Wenn also z. B. die Frage davon wäre, ob der Wein, den Titius dem Mevius vorsetzte, süß oder bitter gewesen, so würde dieß nicht anders ausgemittelt werden können, als durch Zeugen, die ihn geschmeckt hätten, und wenn die Frage wäre, ob es überhaupt Wein gewesen, oder ein anderes Getränk, würde dieß durch Geschmack und Geruch, nebenher auch durch die Farbe, also durch das Gesicht, erkannt werden müssen. Es herrscht zwar große Verschiedenheit beim Schmecken und Riechen unter den Menschen; indessen bezieht es sich damit nur auf feinere Abweichungen und auf die größere oder geringere Lebhaftigkeit der Empfindung; im Allgemeinen stimmen doch auch bei Wahrnehmungen

---

[2]) *Stryck* de jure sensuum diss. 5. cap. 1. nr. 40. diss. 6. cap. 3. nr. 5. diss. 7. cap. 2. nr. 22.

[3]) S. des Kaisers Maximilian Ordnung der Notarien. §. 6.

dieser Art die Menschen überein; auch wird ja in einzelnen Fällen bei dem Beweise immer vorausgesetzt, daß mehrere auf dieselbe Art durch den Gegenstand gerührt sind, und also in ihren Aussagen über Geschmack und Geruch übereinstimmen. Zwar will ich nicht behaupten, als ob nicht das übereinstimmende Zeugniß zweier Zeugen, die etwas gesehen haben, von größerm Gewicht sey, als das übereinstimmende Zeugniß zweier, die etwas geschmeckt oder durch den Geruch empfunden haben, und daß jenes glaubwürdiger sey und weniger dem Zweifel Raum lasse, wie dieses; indessen muß man sich mit Beweisen, wie sie nach der Beschaffenheit des Objekts möglich sind, begnügen und nicht mehr begehren, als die Natur leisten kann.

Daß aber die Rechtsgelehrten nicht einmal wissen, was ein Zeuge sey, und was man von ihm zu fordern habe! Ein Zeugniß ist eine Aussage über eine von Seiten des Zeugen, als eines Dritten, an sich oder andern oder der Außenwelt gemachte Erfahrung. Zu enge ist es, wenn man dieß auf Erfahrungen durch äußere Sinne beschränkt. Ein Zeugniß soll zwar keine Operation des Verstandes seyn; der Zeuge soll keine philosophische Betrachtungen anstellen, keine Urtheile fällen, überhaupt dem Richter nicht ins Amt greifen, wiewol keiner zum Richter tauglicher wäre, als eben der Zeuge, wenn er die nöthigen Kenntnisse hätte; — wenigstens haben dergleichen Bemerkungen keinen Werth, als den ihnen etwa die Wahrheit gibt, oder in so fern man daraus auf frühere Begebenheiten und Erfahrungen zurückschließen kann; — er soll aber doch nicht bloß die Eindrücke angeben, die er von außen empfing, nicht bloß, was er gehört und gesehen und mit seinen Sinnen

empfunden hat — wiewol dieß gewöhnlich ausreichen und gewöhnlich am meisten in Betrachtung kommen wird; — er kann auch, was im Innern vorgegangen, Gemüthsbewegungen, die in ihm erregt sind, als Freude, Zorn, Schrecken, Angst, selbst was er früher gedacht, oder bei diesem oder jenem Anblick geurtheilt, welchen Eindruck diese oder jene Begebenheit auf ihn gemacht, oder was er gesagt oder überhaupt selbst gethan hat, bezeugen. Kurz, während der Richter das, was ist, durch eigene Beobachtung wahrzunehmen hat, ist die Sphäre des Zeugenbeweises alles, was der Vergangenheit angehört, alles, was geschehen oder gewesen ist, und wovon der Zeuge aus eigener Erfahrung Kenntniß haben kann und hat, mit Einem Wort, alles Historische. Diesem kann man vielleicht noch hinzusetzen Resultate, die der Zeuge aus der Vergleichung verschiedener Thatsachen abzieht, so weit dazu keine besondere, dem Zeugen abgehende, Kenntnisse erforderlich waren, wenn in jenen nur die Ausbeute verschiedener Erfahrungen kurz zusammen gefaßt wird; wobei es nun eine andere Frage ist, wie weit der Richter dadurch überzeugt werden kann.

Also, die Vergangenheit gehört dem Zeugen — die Gegenwart dem Richter. Das Zeugenverhör ist nur ein Nothbehelf, damit der Richter, was vorübergegangen und durch ihn selbst nicht mehr zu erkennen ist, auf die einzige noch mögliche Art, nämlich aus dem Bericht und der Beschreibung Anderer, also durch die dritte Hand, mithin auf eine minder vollkommene Art, erfährt; — was künftig seyn wird, darüber Berechnungen zu machen, wenn es darauf an-

kommt, ist Sache des Verstandes, also wieder des Richters.

Hingegen können die Zeugen nicht bezeugen, daß etwas (von andern) nicht geschehen sey, sondern nur, daß sie es nicht bemerkt haben. Die Alten pflegten zu sagen: *Non entia non cadunt in sensus externos.* Es entspringt indessen aus einem Zeugniß des Nichtwissens, wenn der Zeuge sich unter Umständen befand, daß ihm die Begebenheit nicht wohl entgehen konnte, besonders wenn es in der die eigene innere Ueberzeugung des Zeugen aussprechenden Gestalt erscheint, daß etwas nicht geschehen sey, bald stärker, bald schwächer die Vermuthung, daß es wirklich nicht geschehen sey.

Doch dieß wollen wir in der folgenden Abhandlung weiter in Betrachtung ziehen.

2.

Von verneinenden Zeugen.

Ob und was verneinende Zeugen zum Beweise beitragen, darüber gibt es so wenig Gesetze, als es deren bedarf. Diese Frage blieb den Rechtsgelehrten zur Beantwortung überlassen, von denen es bekannt ist, daß sie es in der Art haben, über nichts einig zu seyn und beständig gegen einander zu Felde zu liegen. Es gibt darüber zwei ganz entgegen gesetzte Meinungen, über die ich jetzt mit dem Leser meine Betrachtungen anstellen will.

Einige sprechen der Aussage verneinender Zeugen alle Beweiskraft ab, und stellen die Regel auf: Plus creditur duobus testibus affirmantibus, quam mille negantibus. Zu denjenigen, welche diese Regel aufstellen, gehört namentlich Leyser [1]. Er läßt aber zwei Ausnahmen zu; die erste, wenn der verneinende Satz, den die Zeugen behaupten, durch Zeit und Ort eingeschränkt wird [2]; die zweite, wenn sie über ein eigenes Nichthandeln aussagen [3]. In beiden Fällen scheint er den verneinenden Zeugen eben so viel Glaubwürdigkeit beizulegen, als den bejahenden. Die erste Ausnahme scheint mir nicht sowol eine solche zu seyn, als vielmehr conditio sine qua non, oder, wenn man lieber will, eine nöthige Einschränkung, ohne welche die Aussage verneinender Zeugen gewöhnlich gar nicht in Betrachtung kommen wird. Aber sie allein, diese Beschränkung der Verneinung auf Ort und Zeit, macht es noch nicht aus, und erhebt die Aussage der verneinenden Zeugen zu keiner glaubwürdigen. Im Grunde wird Leyser durch diese Ausnahme seiner eigenen Meinung und der Regel, zu der er sich bekennt, ungetreu. Die zweite Ausnahme hingegen scheint mir über allen Zweifel erhaben. Zwar ist es möglich, daß Jemand seine eigene Handlung vergessen hat; indessen ist es eben so gut möglich oder noch eher, daß der bejahende Zeuge, der ihm gegenüber steht, im Wahrnehmen getäuscht ward. Auf allen Fall raubt jene Möglichkeit der Ausnahme ihren Werth im Allgemeinen nicht. Ich werde hierauf zurückkommen und den Grund angeben, weshalb ich

---

[1]) Spec. 286. med. 1.

[2]) *Leyser* c. l. med. 4.

[3]) *Leyser* c. l. med. 5.

glaube, daß diese Ausnahme über allen Zweifel erhaben sey.

Es gibt nun aber Rechtsgelehrte, welche die verneinenden Zeugen den bejahenden gleich stellen, sie ihnen wol gar vorziehen. Es gehören dahin J. H. Böhmer [4]), Struben [5]), Hommel [6]). Es können freilich Fälle vorkommen, da die verneinenden Zeugen eben so viel oder mehr Glauben verdienen, als die bejahenden; aber der Grund dieses Vorzugs liegt dann nicht darin, daß sie verneinen, sondern muß aus anderer Quelle entspringen; oder der Vorzug ist auch gar nicht vorhanden.

Denn im Allgemeinen sind, wenn alles Uebrige gleich ist, bejahende Zeugen den verneinenden vorzuziehen. Es beruht dieß auf dem einfachen Grundsatz, daß nichts zu unserer Kenntniß gelangen kann, als durch die Erfahrung. Umgekehrt kann sich aber manches zu unserer Zeit und in unserer Nähe ereignen, ohne daß wir Kenntniß davon erlangen, sey es, weil die Begebenheit unter Umständen geschieht, daß wir sie nicht wahrnehmen können, z. B. von zweien Zeugen, die im Zimmer waren, als der Vorfall sich ereignete, hat einer etwas gehört, was dem andern entging, weil dieser etwas entfernter stand, als jener, oder weniger scharf hört, oder sey es, daß äußerliche Umstände uns am Wahrnehmen hindern, z. B. während Jemand spricht, entsteht ein plötzliches Geräusch, oder endlich daß wir unsere Aufmerksamkeit darauf gar nicht gerichtet haben, z. B. indem ein gewisser Vorfall sich er-

---

4) Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 19. §. 19.

5) Rechtl. Bed. Thl. 1. Bed. 77.

6) Rhapsod. Obs. 48.

eignet, ist der Zeuge mit einer andern Vorstellung so lebhaft beschäftigt, daß er nicht hört und nicht sieht, was um und neben ihm vorgeht. Sollte nun der Richter dem Zeugniß des verneinenden Zeugen eben so viel Zutrauen schenken als des bejahenden, so müßte er erst überzeugt seyn, daß beide gleich vollkommen zum Wahrnehmen geschickt waren, daß beide unter gleichen Umständen, in gleicher Nähe sich befanden, daß der verneinende Zeuge Titius eben so scharf hört, als der bejahende Mevius, oder wenn es darauf ankam, zu sehen, daß der eine ein eben so gutes Auge hat, als der andere, daß beide damals in einer gleich ruhigen Gemüthsstimmung sich befanden, daß kein Hinderniß vorhanden war, was den einen in der Beobachtung störte, während es den andern ungestört ließ, daß beide auf den Vorfall gleich anhaltend ihre Aufmerksamkeit richteten. Dieß ist eine Aufgabe, die gar nicht zu lösen ist, wenigstens nicht völlig. Es kann wol der Zeuge über die Abwesenheit solcher Hindernisse zum Theil selbst Zeugniß geben, aber, von welcher Art sein Zeugniß auch seyn mag, es wird immer den Zweifeln Raum geben, wie leise sie auch seyn mögen. Derselbe Umstand, der die Wahrnehmung hinderte, kann auch der Glaubwürdigkeit eines solchen Zeugnisses im Wege stehen. Kurz, es ist aus manchen Gründen gar leicht möglich, daß eine Begebenheit sich zuträgt, ohne daß wir, obgleich dabei gegenwärtig, sie bemerken; es kann gar leicht geschehen, daß Jemand bona fide bezeugt, ein gewisser Vorfall habe sich nicht zugetragen, er trug sich aber dennoch zu, und jener weiß es nur nicht, weil er seiner Beobachtung sich entzog. Der rechtschaffenste Zeuge ist hier in der Gefahr, ein falsches Zeugniß ab-

zulegen, weil er, ohne daß er eine Ahnung davon hat, getäuscht ward. Und darauf kommt im Allgemeinen hier alles an, ob eine Täuschung möglich war oder nicht, und, wenn sie möglich gewesen, in welchem Grade sie es war. Dieß ist eben der Grund, weshalb ein verneinender Zeuge vollkommen Glauben verdient, welcher sein eigenes Nichthandeln bezeugt, weshalb also, um den von Leyser angeführten Fall als Beispiel zu benutzen, wenn die Mutter bezeugt, sie habe zu der Verlobung ihrer Tochter ihre Einwilligung nicht gegeben, ihre Aussage, obgleich sie verneint, eben so glaubwürdig ist, als wenn sie bejahte. Es ist nicht möglich, daß Jemand eine Handlung nicht erfährt, die er selbst vornahm, vorausgesetzt, daß er nicht bloß nach mechanischen Gesetzen thätig war, sondern mit Bewußtseyn handelte. Die Natur der angeführten Handlung (und überhaupt einer jeden, die den Namen Handlung verdient) bringt dieß von selbst mit sich. Fand hier eine Täuschung Statt, so ist wol möglich, daß die bejahenden Zeugen, die eine entgegen gesetzte Behauptung aufstellen, ja es ist nothwendig, daß sie sich getäuscht haben; aber in Ansehung des verneinenden Zeugen ist bloß ein fehlerhafter Wille, die Wahrheit zu unterdrücken und selbst zu täuschen, möglich. Hingegen wenn von factis alienis die Rede ist, da bringt es die Natur des verneinenden Zeugnisses mit sich, daß es nicht so viel Zutrauen verdient, als das bejahende. Es ist dabei eine Täuschung leicht möglich, doch nach den Umständen bald mehr, bald weniger, und hier kommt es nun auf das arbitrium judicis an, nach den Umständen, wie die Acten sie an die Hand geben, zu prüfen, ob in einem gegebenen Fall diese Wahrscheinlichkeit der Täuschung stärker

oder schwächer sey. Dabei versteht es sich, daß der bloße Mangel von Nachrichten nicht ausreicht, sondern es müssen ihm positive Gründe gegeben seyn, ein verneinendes Zeugniß glaubwürdig zu finden.

Um nun mehr ins Einzelne zu gehen, so wird es zuvörderst darauf ankommen, ob verneinende Zeugen allein vorhanden sind, oder ob sie bejahenden gegenüber stehen, die das Gegentheil behaupten, und im letztern Fall, den man freilich gewöhnlich im Sinne hat, ob sie behaupten, daß etwas nicht geschehen sey, oder nur, daß sie es nicht bemerkt haben. Ein Zeugniß des bloßen Nichtwissens ist (eingeschränkt auf Ort und Zeit) im Allgemeinen wol nicht ganz zu verachten, wenn keine Zeugen vorhanden sind, welche eine gewisse Begebenheit als geschehen bezeugen, allein im Collisionsfall mit bejahenden können verneinende Zeugen dieser Art wenig oder gar keinen Glauben verdienen, wiewol ich nicht gerade behaupten will, daß doch nicht in einzelnen Fällen der Richter dadurch zweifelhaft gemacht und gegen die Aussage der bejahenden Zeugen Mißtrauen in ihm erweckt werden könnte.

Besonders kommen, wenn von verneinenden Zeugen die Rede ist, diejenigen in Betrachtung, die nicht bloß sagen, sie seyen zur angegebenen Zeit an Ort und Stelle gewesen, und hätten doch dieß oder jenes *nicht bemerkt*, sondern die bestimmt versichern, *daß dieß oder jenes gar nicht geschehen sey*. Zwar zwischen einem Zeugen, welcher behauptet, *daß etwas nicht geschehen sey*, und einem, welcher aussagt, *daß er dieß oder jenes nicht bemerkt habe*, ist, wenn wir die Sache beim Licht betrachten, immer *kein wesentlicher Unterschied*. Ein Zeuge der

ersten Art sagt doch in der That auch nichts anderes, als daß dieß oder jenes seines Wissens nicht geschehen sey. Daß etwas überhaupt nicht geschehen sey, kann man gar nicht bezeugen, wie ich auch schon in der vorigen Abhandlung bemerkt habe; denn man kann es nicht wissen; man kann es selbst mit Einschränkung auf Zeit und Ort nicht bezeugen, man kann bloß bezeugen, daß man selbst eine gewisse Handlung nicht vorgenommen, oder daß man dieß oder jenes nicht bemerkt habe; dieses kann man wissen. Der Zeuge selbst, welcher aussagt, daß etwas nicht geschehen sey, vermuthet im Grunde bloß, mit größerer oder geringerer Stärke, daß es nicht geschehen sey. Es ist das nur eine Redensart, wodurch der Zeuge seinen Glauben oder seine Ueberzeugung zu erkennen gibt, daß es nicht geschehen sey, weil er es sonst bemerkt haben müßte. Der Unterschied zwischen Zeugen, welche aussagen, daß sie dieß oder jenes nicht bemerkt haben, und andern, welche bezeugen, daß dieses oder jenes nicht geschehen sey, besteht darin. Jene geben durch ihre Aussage selbst zu, daß ihnen die Begebenheit entgangen seyn kann, sie erklären sich selbst für unzuverlässige Zeugen; diese hingegen fordern Glauben, und erwecken durch die Art ihrer Aussage die Erwartung, daß ihr Vertrauen zu sich selbst Grund haben müsse. Solche Zeugen können nun allerdings gegen die bejahenden auf den Kampfplatz treten, und es wird darauf ankommen, welche Gründe sie für ihre Verneinung anführen können, oder vielmehr durch welche Data sie das Vertrauen, was sie in Ansprache nehmen, dem Richter mittheilen können, ob die Umstände von der Art waren, daß ihnen die

Begebenheit, wenn sie sich wirklich zutrug, nicht wohl entgehen konnte. Besonders dann wird ihre Aussage Aufmerksamkeit verdienen, wenn sie nicht bloß verneinen, sondern eine entgegen gesetzte Thatsache anführen, zumal eine solche, die den Irrthum des Mitzeugen erklärlich macht. Zwar scheint es, Zeugen, die nicht bloß verneinen, sondern eine entgegen gesetzte Thatsache anführen, können gar nicht den verneinenden beigezählt werden. Schon Leyser bemerkte [7]), dergleichen Zeugen könnten gar nicht *negantes* genannt werden. Testes *mere* negantes können sie freilich nicht genannt werden, da sie auch etwas bejahen. Indessen, so weit sie zuvörderst behaupten, daß das nicht geschehen sey, was ihre Mitzeugen aussagen, sind sie wirklich, im Verhältniß zu diesen, zu den verneinenden zu rechnen, und finden auch die Grundsätze, die von verneinenden Zeugen überhaupt gelten, im Allgemeinen auf sie Anwendung. Man kann indessen bei solchen Zeugen, die entgegengesetzte Thatsachen anführen, noch weiter oder genauer unterscheiden a) diejenigen, die ein entgegen gesetztes Factum aussagen, was sich gleichzeitig an der Stelle des andern zugetragen haben soll, z. B. Titius sagt aus, Cajus habe dem Mevius vorgeworfen, er habe gewisse Stellen einer Schrift verändert, und Sempronius, er habe sie verfälscht — hier kann der eine so gut, wie der andere, sich geirrt haben, und jeder ist im Verhältniß zum andern testis negans — b) von denjenigen, die das factum, welches die testes affirmantes bejahen, läugnen, und entgegen gesetzte spätere Ereignisse hinzusetzen, welche auf die Falschheit jener Thatsache schließen lassen.

---

[7]) Spec. 286. med. 4.

Diese nun stehen, so weit sie verneinen, gegen die bejahenden weit zurück; und selbst der Schluß, der aus den entgegengesetzten Thatsachen abgeleitet werden kann, ist als trüglich mit dem, was die bejahenden Zeugen durch ihre Sinne wahrgenommen haben, lange nicht von gleichem Werth.

Jetzt wird es an der Zeit seyn, die Theorie durch Beispiele zu erläutern.

Setzen wir, bei einem Gastmahl, behauptet Titius, habe Mevius ihm — einen Schlag gegeben. Zwei aus der Zahl der Gäste bestätigen die Angabe des Klägers; drei andere schwören, sie seyen dem Mevius nicht von der Seite gegangen und könnten versichern, daß er den Titius nicht geschlagen; beide hätten vielmehr die ganze Zeit über in dem freundschaftlichsten Vernehmen gestanden; es sey auch gar kein Grund zu Streit und Zank unter ihnen vorhanden gewesen. Hier scheint J. H. Böhmer, der dieses Beispiel aufstellt, zu glauben, daß die verneinenden Zeugen eben so viel Zutrauen erwecken, als die bejahenden. Indessen, da er die Zahl der verneinenden Zeugen um Einen erhöht, gibt er schon dadurch zu erkennen, daß bejahende den Vorzug vor den verneinenden verdienen. Oder war es seine Meinung, durch die größere Zahl nicht bloß die geringere Glaubwürdigkeit zu ergänzen, sondern der Aussage der verneinenden Zeugen dadurch das Uebergewicht zu verschaffen? Er läßt uns darüber im Zweifel; indessen, was J. H. Böhmer auch gedacht haben mag, ich zweifle sehr, daß die überwiegende Zahl hinlänglich gewesen, sie ihren Mitzeugen, den bejahenden, nur gleich zu machen. Was ihrer Aussage Glauben erweckt, sind die Umstände, unter denen sie sich befanden,

die ihrer Beobachtung günstig waren, besonders aber die entgegengesetzten Thatsachen, welche sie anführen, die aber doch die Möglichkeit nicht aufheben, daß dasjenige geschehen, was die andern Zeugen aussagen, und ihnen entgangen seyn kann. Wäre in jenem Fall nicht vom Schlagen, sondern von Schimpfreden die Rede, so würde die Verschiedenheit der Aussage der verneinenden Zeugen den Beweis, der durch die bejahenden geführt werden sollte, weniger erschüttern, wenn sie bloß behaupteten, dieses oder jenes Schimpfwort sey nicht gesprochen, da ein Wort leicht überhört werden kann, zumal beim Wein und unter guten Freunden; hingegen würde sie ihn stärker erschüttern, wenn sie behaupteten, statt dessen ein anderes Wort gehört zu haben, da hier auf beiden Seiten der Irrthum gleich möglich ist.

Setzen wir einen anderen Fall, den J. H. Böhmer ebenfalls aufstellt, da eine Schrift, ein Testament, verloren gegangen ist und der Inhalt derselben durch Zeugen erwiesen werden soll, die sie vor dem Verlust gelesen haben. Die einen versichern, dem Titius sey ein Vermächtniß von tausend Thalern darin zugewandt; die andern behaupten, von einem solchen Vermächtniß habe kein Wort darin gestanden; nur darin stimmen alle überein, daß sie das Testament sehr sorgfältig und von Anfang bis zu Ende durchgelesen haben. Hier, meint Böhmer, sey gar kein Grund vorhanden, den bejahenden Zeugen mehr zu trauen, als den verneinenden; die einen könnten so gut der Wahrheit ungetreu gewesen seyn, wie die andern. Das ist freilich wahr, trifft aber den Nagel nicht auf den Kopf. Vielmehr verdienen auch in diesem Beispiel die bejahenden, caeteris paribus, mehr Glauben als die verneinenden, weil

es leicht seyn kann, daß diese beim Lesen etwas übersehen haben, wenn sie auch noch so theuer versichern, das Testament mit Aufmerksamkeit gelesen zu haben, wiewol freilich der Richter durch diesen Mangel an Uebereinstimmung zweifelhaft gemacht werden wird, zumal, wenn sich Umstände hervorthun, die einen Irrthum oder eine Verwechselung auf Seiten der bejahenden wahrscheinlich machen.

Fügen wir noch ein drittes Beispiel hinzu. Vier sitzen am Tisch und spielen in der Karte. Der Mitspieler Titius sagt aus, Mevius habe dem Cajus Betrug vorgeworfen und dieser jenem gleich darauf einen Schlag mit der flachen Hand gegeben. Hingegen beschwört der vierte Mitspieler Sempronius, er sey nicht vom Tisch aufgestanden, auch in einer völlig ruhigen Gemüthsstimmung und auf alles, was vorgegangen, aufmerksam gewesen, Mevius habe dem Cajus zwar Betrug vorgeworfen, indessen könne er bestimmt versichern, daß Cajus bei jenem Vorwurf ruhig geblieben und den Mevius nicht geschlagen habe. Cajus habe sich gegen den Vorwurf des Mevius mit Gelassenheit vertheidigt, den Ungrund desselben aus einander gesetzt und im Weggehen erklärt, wegen der ihm zugefügten Beleidigung werde er bei Gericht Genugthuung suchen. Was ist es, wodurch die Aussage des verneinenden Zeugen jener andern die Waage zu halten scheint? Er legitimirt sich, daß ich so sage, bei dem Richter als geschickt zur Ablegung eines vollgültigen Zeugnisses, die durch seine Eigenschaft eines verneinenden Zeugen besonders zweifelhaft gemacht ward; aber besonders sind es die von ihm angeführten entgegengesetzten Thatsachen, die seiner Aussage Glauben

erwecken. Und dennoch glaube ich, daß sein Zeugniß, besonders so weit es verneinend ist, demjenigen seines Mitzeugen nachstehe.

Diese Beispiele sind nun gerade ausgesucht, um zu sehen, ob es nicht möglich sey, daß verneinende Zeugen den bejahenden die Waage halten können. Schwerlich dürften dergleichen vorkommen; in den gewöhnlichen Fällen wird das Uebergewicht der bejahenden gegen die verneinenden entschieden seyn. Und überhaupt es bleibt dabei: Im Allgemeinen hat der bejahende Zeuge den Vorzug vor dem verneinenden, immer vorausgesetzt gleiche Glaubwürdigkeit beider. Die Täuschung des letzteren ist leicht, ist viel eher möglich, als die des ersteren. Es ist eher möglich, daß Jemand einen Schlag nicht sieht, welcher gegeben wird, als daß Jemand einen sehen sollte, der nicht gegeben ward; und um wie wenig es auch in manchen Fällen seyn mag, die Aussage des bejahenden Zeugen fällt stets schwerer ins Gewicht, als die des verneinenden. Der Richter wird zu sich sagen: da Titius und Mevius die That als geschehen bezeugen, so ist es glaublich, daß sie geschehen sey und jene, die es läugnen, sie nur nicht bemerkt haben.

Indessen kommt freilich die Verschiedenheit des äußeren Sinnes, wodurch die Begebenheit zu dem innern gelangt, sehr in Betrachtung. Ist von Wahrnehmungen des Gesichts die Rede, so ist eine Täuschung gewöhnlich nur in Folge einer Störung in den zum Wahrnehmen erforderlichen Kräften, also nur in Folge eines krankhaften und ganz außerordentlichen Zustandes möglich. Hingegen bei Wahrnehmungen durch das Gehör kann eine Täuschung schon leichter ge-

geschehen. Wie oft geschieht es nicht, daß einer, ja daß mehrere übereinstimmend falsch hören. Indessen, besonders wenn von einer reinen Verneinung die Rede ist, ohne weiteren Zusatz, wie sich die Sache anders verhalte, wird die Aussage der bejahenden Zeugen stets überwiegend seyn. Selbst die größere Zahl der verneinenden Zeugen gegen die bejahenden kann an und für sich wenig in Betrachtung kommen und in so fern ist es wahr, was die Alten sagten: Plus creditur duobus testibus affirmantibus, quam mille negantibus. Sonst aber wird es auf die jedesmaligen Umstände, auf die Nähe des Beobachters, auf den Sinn, dessen Verrichtung hier in Ansprache genommen wird, auf dessen Schärfe, auf Zeit und Ort ankommen, ob sie die Beobachtung begünstigen oder erschweren, und der Richter wird danach ermessen, ob eine Täuschung der einen oder andern glaublich und erklärlich sey. Auch kann die überwiegende Zahl gegen die bejahenden den Verdacht stärker oder schwächer erwecken, *nicht*, daß die bejahenden Zeugen *getäuscht sind*, sondern daß sie *wider besseres Wissen* ein falsches Zeugniß abgelegt haben.

3.
Beweis durch Einen Zeugen.

Ein alter Satz, der sich späterhin aus den Lehrbüchern verloren hat und fast in Vergessenheit gerathen ist, besteht darin, daß unter gewissen Umständen das Zeugniß Eines Zeugen vollen Beweis macht. Nament-

ich soll dieß der Fall seyn, wenn es eine eigene Handlung ist, die er bezeugt. Diese Lehre, die ursprünglich schon die Glossographen aufstellten, nehmen unter andern an Farinacius [1]), Anton Faber [2]), Vultejus [3]), Perez [4]), Brouchhorst [5]), Wissenbach [6]).

Es scheint dieß nun zwar gegen die Regel zu verstoßen: vox unius, vox nullius, und gegen des Kaisers Constantin Verordnung, welche so lautet:

L. 9. C. de test.

Jurisjurandi religione testes, priusquam perhibeant testimonium, jam dudum arctari praecepimus et ut honestioribus potius testibus fides adhibeatur §. 1. Simili modo sanximus, ut unius testimonium nemo judicum in quacunque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae Curiae honore praefulgeat [7]).

Ueber den Sinn dieser Stelle sind die Ausleger nicht ganz einig. Hat Constantin schlechterdings das Zeugniß Eines Zeugen verworfen; hat er sein früheres Gesetz, daß *non facile* Einem Zeugen geglaubt werden solle, aufgehoben? Oder hat er späterhin bloß verordnet, daß der Stand des Zeugen nicht in Betrachtung

---

1) De test. qu. 63. no. 226.

2) Codex def. for. lib. 4. tit. 15. defin. 35.

3) Jurispr. Rom. 2. no. 44.

4) Ad tit. C. de test. no. 17.

5) 1. misc. 92.

6) Ad l. 9. C. de testibus p. 591. sq.

7) Ausführlich handelt von dieser Stelle Janus a Costa. Prael. p. 271.

gezogen werden solle und ist das non facile stehen geblieben und als wiederholt zu betrachten? Jenes glaubt Donellus [8]) und findet diese Auslegung natürlich; Wissenbach aber [9]) findet sie gewaltsam und nimmt die entgegengesetzte Meinung an.

Für welche Meinung man sich aber auch entscheiden mag, so sieht man doch so viel, daß Constantin nicht die Beschaffenheit oder den Inhalt des Zeugnisses, sondern die Person ansieht, kurz daß er nicht das Zeugniß, sondern den Zeugen vor Augen hatte. Mit diesem Gesetz des Constantin scheint also jene Lehre noch immer bestehen zu können.

Aber es gibt eine von den Auslegern übersehene Stelle des Canonischen Rechts, welche jene Lehre ganz und gar umzustoßen scheint

cap. 23. X. de test. in fine.

Licet quaedam sint caussae, quae plures, quam duos exigant testes, *nulla tamen est causa, quae unius testimonio, quamvis legitimo, terminetur.*

Indessen möchte ich den Satz, daß seine eigene Handlung durch Einen Zeugen bewiesen werden könne, dennoch vertheidigen, nicht sowohl als eine Ausnahme von der Regel, sondern als etwas, was in jenen Gesetzen nicht enthalten sey, die nur gewöhnliche Zeugen meinen, welche von demjenigen zeugen, was in ihrer Gegenwart geschehen und von ihnen als dritten Personen wahrgenommen ist. Der Umstand spricht dafür, daß in Fällen dieser Art die Besorgniß der Täuschung wegfällt, und daß über die eigene Handlung des Zeugen kein besserer, gewöhnlich nicht einmal ein an-

---

8) Com. ad h. l. | 9) A. a. O.

derer Beweis geführt werden kann, als durch die eigene Aussage des Zeugen, welches Letztere dann auch von den Auslegern, zum Theil wenigstens, zur Bedingung gemacht wird [10]). Wenn dann die Wahrheit der Aussage des (untadelhaften und an und für sich völlig glaubwürdigen) Zeugen durch Vermuthungen unterstützt wird, was ebenfalls vorauszusetzen ist [11]), folglich der Verdacht, daß er die Wahrheit etwa nicht sagen wolle, entfernt wird, so scheint es, könne in einem solchen Fall die Aussage des Einen Zeugen der Aussage zweier gleich gelten und man mit Recht annehmen, es werde dadurch voller Beweis bewirkt. Es ließe sich zur Bestätigung anführen eine Stelle des Scävola [12]), worin die eidliche Aussage Einer Person über den ihr offenbarten letzten Willen des Verstorbenen für hinlänglich angenommen ward. Indessen hatte der Verstorbene diese Person als eine solche bezeichnet, die seinen Willen wisse, und dieser Umstand ward vielleicht von dem Juristen in diesem Fall besonders berücksichtigt.

4.

Von testibus singularibus.

Testis singularis, gleichbedeutend mit testis unus, ist ein Zeuge, der keinen Nebenzeugen hat [1]). Be-

---

[10]) *Farinacius* c. l. *Perez* c. l.

[11]) *Perez* c. l. *Wissenbach* c. l.

[12]) L. 14. D. de dote prael.

[1]) *Farinacius* de testibus lib. 3. tit. 7. qu. 64. nr. 2. 23.

sonders pflegt von testibus singularibus die Rede zu seyn, wenn von mehreren Zeugen jeder besondere Thatumstände bezeugt, die der andere nicht mitbezeugt, in Ansehung deren also jeder allein und ohne Nebenzeugen da steht. Es wird dann durch die singularitas testium ein Verhältniß ausgedruckt, worin Zeugen zu einander stehen, nämlich, daß dieser oder jener Umstand von dem einen allein, von dem andern nicht mit bezeugt wird, ohne daß sie einander widersprechen.

Wenn ein gewisser Satz bewiesen werden soll, welcher aus einer Mehrheit der Handlungen oder Begebenheiten besteht oder daraus abzuleiten ist, so tritt oftmals der Fall ein, daß nicht alle Zeugen von allen einzelnen Handlungen oder Begebenheiten unterrichtet sind, sondern der eine Zeuge bezeugt diese, der andere jene Thatsache. Diesen Fall hat man besonders und vorzugsweise im Sinne, wenn von testibus singularibus die Rede ist. Z. B. Titius soll beweisen, daß er ein gewisses Ackerstück besitze. Der Zeuge Carl bezeugt, er habe gesehen, daß er dort gepflügt, Wilhelm, daß er dort den Samen ausgestreut, Friedrich, daß er, als die Ernte gekommen, dort gemähet habe u. s. w. Oder Titius soll beweisen, daß Cajus dem Spiel ergeben sey. Der eine Zeuge hat ihn in Ems, der zweite in Ronneburg, der dritte in Wiesbaden am Pharotisch gesehen. Hat Titius nun seine Sätze bewiesen? Und überhaupt wird durch testes singulares vollständiger Beweis geführt?

Die Rechtsgelehrten pflegten diese Frage zu bejahen; ich meine die älteren. Die neueren bekümmern sich um dergleichen Fragen überhaupt nicht viel; sie haben jetzt wol ganz andere Dinge zu thun, sind auch

zum Theil zu vornehm dazu geworden. Da sind historische, antiquarische, critische Untersuchungen anzustellen, falsche Lesarten zu verbessern u. s. w., welches alles freilich einen viel höhern Werth hat, als philosophische Erörterungen oder solche, die sich anwenden und gebrauchen lassen; es sind auch wol Staaten umzugestalten und dergleichen mehr.

Ich sagte also, die ältern Rechtsgelehrten pflegten *testibus singularibus* volle Beweiskraft beizulegen. Von allen gilt das nicht. Manche gibt es, die von testibus singularibus nichts wissen wollen. Georg Ludwig Böhmer [2]) behauptet geradezu, vollständiger Beweis werde durch testes singulares nicht geführt. Plena probatio non fit per testes singulares, quorum singuli de diversis facti circumstantiis testantur [3]). —

Peter Müller, von dem man gewöhnlich anführt, er verwerfe testes singulares, als zur Beweisführung nicht hinlänglich, unterscheidet vielmehr, ob etwas in genere zu beweisen sey oder in specie. Solle etwas in specie — z. B. diese oder jene Handlung des Besitzes — erwiesen werden, so seyen testes singulares zum Beweise nicht hinlänglich; wenn aber etwas in genere bewiesen werden solle, z. B. daß Mevius im Besitz sey, dann könne durch testes singulares vollständiger Beweis geführt werden. Von dieser Unterscheidung bemerkt er, unter Berufung auf Mynsinger, wie das Kammergericht sie angenommen habe. Er gehört also

[2]) Princ. jur. can. §. 788.

[3]) Er beruft sich deshalb auf verschiedene Stellen des Canonischen Rechts, die wol eben nicht hierher gehören, nämlich c. 33. X. de test c. 23. 32. X. de elect. c. 9. X. de probat.

zu den Anhängern der Meinung, daß durch testes singulares vollständiger Beweis geführt werde [4]). Dieselbe Unterscheidung, welche Peter Müller, stellt auch Samuel Stryck auf [5]); und überhaupt war dieß eine Meinung, worin wenigstens viele der alten Rechtsgelehrten übereinstimmten.

Wenn man bedenkt, wie schwer es ist, bei allgemeinen Sätzen, deren Wahrheit aus mehreren einzelnen Thatsätzen herzuleiten ist, zum Beweise eines jeden mehrere Zeugen aufzustellen, so möchte man freilich wünschen, daß jene Behauptung richtig wäre. Allein ihre Wahrheit läßt sich nicht erweisen, und wenn man dem Gesetzgeber nicht ins Amt fallen und sich auf die Rolle eines Rechtsgelehrten beschränken will, der die gesetzlichen Wahrheiten nimmt und vorträgt, wie sie sind, muß man, gern oder ungern, der Behauptung der Rechtsgelehrten widersprechen.

Keine einzelne Thatsache kann als bewiesen angenommen werden, worin nicht wenigstens zwei Zeugen, daß sie von ihnen auf dieselbe Weise wahrgenommen worden, übereinstimmen. Die Gesetze erfordern zum vollständigen Beweise das gleichlautende Zeugniß zweier Zeugen. Die alleinstehende Aussage Eines Zeugen hat, ihnen zufolge, keinen Werth. Unus testis nullus testis [6]). In diesem Satz ist die Antwort auf die aufgeworfene Frage enthalten. Denn es ist eben so, als wenn man fragte, ob in Fällen dieser Art Ein Zeuge neben andern derselben Art vollen Glauben verdiene,

---

[4]) *Peter Müller* ad *Struv.* Synt. jur. civ. tom. 2. ex. 28. §. 48. Nota II.

[5]) De semiplenae probationis existentia cap. 4. §. 3.

[6]) L. 9. §. 1. C. de test.

ob jeder sein besonderes Factum vollständig beweise, also in Ansehung desselben für zwei gelte, welches, kraft der angeführten Regel, zu verneinen ist. Von dieser Regel für Fälle dieser Art eine Ausnahme zu machen, dazu gibt es keinen hinlänglichen Grund. Denn daß diese einzelnen Thatsachen, die jeder besonders bezeugt, in Verbindung mit einander stehen, kommt schon deshalb nicht in Betrachtung, weil dieses vor allen Dingen voraussetzt, daß sie existiren, welches aber erst bewiesen werden soll.

Es könnte hieran schon genug seyn; aber ich will meinen Satz noch vollständiger beweisen. Mich setzt hier mehr Reichthum, als Mangel an Gründen in Verlegenheit.

Die Rechtsgelehrten nehmen, wie gesagt, an, daß testes singulares zum Beweise hinlänglich sind, wenn etwas in genere zu beweisen ist. Es kommt hier also darauf an, daß ein gewisser Satz aus gewissen Sätzen geschlossen werden soll. Wer weiß es aber nicht, daß, wenn man sichere Schlüsse machen will, man Vordersätze dazu nöthig habe, welche wahr und richtig d. h. hier vollständig erwiesen sind.

Es sind hier überhaupt nur zwei Fälle möglich. Entweder war es zur Begründung des Schlusses an einer Thatsache genug; dann muß diese vollständig erwiesen werden. Oder es mußten mehrere zusammen kommen; dann müssen auch diese mehrere conjunctim und zwar jede vollständig erwiesen werden, und, welche nicht vollständig ist, kann auch bei dem Schließen nicht mitgebraucht werden; wenigstens so lange nicht, als nicht der mangelhafte Beweis derselben durch ein suppletorium ergänzt ist. Sind beide unvollständig, so wird

die Unvollständigkeit des einen durch diejenige des andern nicht ergänzt. Wenn der Zeuge Carl sah, daß Titius auf diesem Felde pflügte, Wilhelm, daß er zur andern Zeit dort säete, Friedrich, daß er dort mähete, so ist weder das Pflügen bewiesen, noch das Säen, noch das Mähen. Es sind dieß ganz verschiedene Thatsachen, die, so weit es ihrer bedarf, nur dann den Besitz beweisen, wenn sie selbst und zwar einzeln vollständig erwiesen sind.

Man hat zwar behauptet, daß bei testibus singularibus die eine Aussage die andere unterstütze. Dieß würde nun eines Theils gar nicht hinlänglich seyn, und andern Theils ist auch an der Richtigkeit dieser Bemerkung sehr zu zweifeln. Wenn zwei Zeugen dasselbe Factum auf dieselbe Art beobachtet haben, so unterstützt die eine Aussage die andere, indem die Uebereinstimmung ihrer Aussage ein neues Gewicht gibt. Aber wie sollen Aussagen einander unterstützen, die von ganz verschiedenem Inhalt sind, ganz verschiedene facta zum Gegenstande haben, ganz verschiedene Beobachtungen betreffen? Deshalb weil der eine Zeuge sah oder vielmehr nur behauptet, gesehen zu haben, daß Titius auf diesem Felde pflügte, wird die Aussage seines Mitzeugen, daß er dort säete, mähete u. s. w., um wenig oder nichts glaubwürdiger. Selbst wenn jedes einzelne Factum vollständig erwiesen wäre, könnte man noch nicht sagen, der eine Beweis unterstütze den andern.

Die Alten, welche die Lehre von testibus singularibus auf die Bahn brachten, und, daß durch mehrere solche Zeugen vollständiger Beweis geführt werden könne, wenn etwas in genere zu beweisen sey, behaup-

teten, sahen die Sache keinesweges aus dem Gesichtspunkt einer wechselseitigen Unterstützung der Aussage der Zeugen, sondern vielmehr von der Seite an, daß diese mehrere Zeugen in dem zu beweisenden Satz übereinstimmen, und die Verschiedenheit unter ihnen nur den Grund ihrer Wissenschaft betrifft, in Ansehung deren es keiner Uebereinstimmung bedürfe.

Bei aller Achtung vor den guten Alten wundert es mich doch, daß sie aus solchen Gründen so etwas lehren konnten, und daß eine solche Lehre Eingang fand. Viel liegt freilich darin, daß sie sich einer Sprache bedienten, welche die Mängel der Sache zu verbergen mehr wie die deutsche geschickt ist.

Es ist wahr, unter testibus singularibus herrscht eine Art von Uebereinstimmung. Wenn der eine Zeuge den Cajus in Ems, der zweite in Ronneburg, der dritte in Wiesbaden spielen gesehen, so stimmen alle darin überein, daß Cajus gespielt habe; ja selbst die ratio scientiae ist am Ende nicht verschieden, weil alle ihn spielen gesehen haben; ich will also noch mehr zugeben, als man von mir verlangt hat; allein wer sieht es nicht, daß diese Art von Uebereinstimmung unecht sey; zur Uebereinstimmung gehört Identität der Thatsachen.

Was man hätte sagen können und nicht gesagt hat, besteht darin, daß die mehreren Zeugen ähnliche Erfahrungen gemacht zu haben behaupten. Aber auch diese Aehnlichkeit der Thatsachen und Erfahrungen, welche die Zeugen gemacht haben wollen, reicht hier nicht hin, und kann am wenigsten der Gleichheit an die Seite gesetzt werden. Es wird wenigstens immer

ein suppletorium nöthig seyn. Und das war auch schon die Meinung mancher unter den ältern Rechtsgelehrten, nicht, daß durch testes singulares vollständiger Beweis bewirkt werde, sondern, daß sie ein suppletorium begründen [7]); welches suppletorium dann aber billig auf die einzelnen, unvollständig bewiesenen, Thatsachen zu richten seyn würde.

Struben [8]) führt zum Beweise, daß durch testes singulares vollständiger Beweis geführt werde, folgenden Rechtsfall an. Ein Verwalter gab vor, das Tagelohn den Arbeitsleuten in Cassengelde bezahlt zu haben. Diese bezeugten, daß sie auch schlechtere Münze empfangen, und ihre Aussagen erwiesen vollkommen, obwol sie von verschiedenen Handlungen aussagten. — Ich glaube, daß diese Entscheidung aus andern Gründen richtig gewesen. Die Zeugen bewiesen nicht vollständig, weil sie testes singulares waren; sondern, wenn sie vollständig bewiesen, so war es deshalb, weil sie Handlungen bezeugten, wovon sie die beste Auskunft geben, ja allein nur wissen konnten, nämlich eigene. Dieser Fall gehört also gar nicht hierher.

So wie die Rechtsgelehrten über die Beweiskraft der testium singularium überhaupt verschieden denken, so herrschen auch verschiedene Ansichten über die einzelnen Fälle, in denen durch testes singulares vollständiger Beweis bewirkt werden soll. Selbst diejenigen, welche sie im Allgemeinen nicht verwerfen, erklären sich für diese oder jene besondern Fälle gegen sie.

---

[7]) *Farinacius* l. c. nr. 113. 149. *Hahn* ad *Wesembeck* tit. de test. nr. 6.

[8]) Rechtl. Bedenken. Thl. 5. Bed. 71.

Die Fälle, in denen von ihnen die Rede seyn kann, sind unzählig. Die wichtigsten scheinen mir folgende drei zu seyn: Besitz — Verjährung — Gewohnheitsrecht.

Bei dem Besitz hat die Sache noch am ehesten einigen Schein; weil dabei von Handlungen derselben Person die Rede ist, die alle auf Einem Grunde zu beruhen, oder alle aus einer gemeinschaftlichen Ursache entsprungen zu seyn scheinen.

Hingegen mit der Verjährung verhält es sich schon anders. Denn wiewol sie auf dem Besitz beruht, und man also glauben möchte, daß von ihr dasselbe gelten müsse, was vom Besitz, so ist es hier doch nicht an den Handlungen selbst, auch nicht an deren Mehrheit und Wiederholung genug, sondern es kommt besonders auf den Ablauf der Zeit und darauf an, daß die Handlungen zur angegebenen Zeit wiederholt sind. — Struben, welcher testes singulares zum Beweise des Besitzes für hinlänglich hält, verwirft sie also mit Recht bei dem Beweise der Verjährung [9]). Nur ist es nicht folgerecht, einzelnen Zeugen zu glauben, wenn sie wiederholte Handlungen bezeugen, und ihnen keinen Glauben zuzustellen, wenn sie behaupten, daß diese Hand-

[9]) Struben rechtl. Bed. Th. 1. Bed. 151. Die Rechtsgelehrten sind schon seit den ältesten Zeiten über diese Frage nicht einig gewesen, und diejenigen, welche testes singulares zum Beweise bei der Verjährung nicht für hinlänglich hielten, führten denselben Grund an, wie Struben. S. *Farinacius* c. 1. nr. 176. Ursprünglich lehrten schon die Glossographen, daß Besitz durch testes singulares erwiesen werde, aber nicht Verjährung. S. Glossa in legem Ob carmen §. fin. ff. de testibus.

lungen zu der von ihnen angegebenen Zeit wiederholt sind. Woraus denn zugleich erhellet, wie unzusammenhängend die gewöhnliche Lehre sey und auf wie schwachen Füßen sie stehe. Indessen kann ich mir die Sache wol erklären. Man hat gedacht, wenn Verschiedene verschiedene Handlungen des Besitzes bezeugen, stimmen sie alle darin überein, daß Titius besitze, wenigstens liegt dieß als etwas Gemeinsames ihren Aussagen zum Grunde, und daran ist es hier genug (über den Werth einer solchen Uebereinstimmung habe ich mich schon oben erklärt); auf die Verschiedenheit der Zeit kommt es hier nicht an; aber bei der Verjährung reicht dieß nicht hin; hier kommt es gerade auf die Zeit an, also auf dasjenige, in Ansehung dessen keine Uebereinstimmung herrscht.

Soll eine Gewohnheit durch Zeugen erwiesen werden, so begnügen sich manche mit der Bemerkung, daß jede einzelne Handlung wenigstens durch zwei Zeugen bewiesen werden müsse [10]. Andere lassen beim Beweise des Gewohnheitsrechts testes singulares zu [11]. Schon vor Alters haben die Rechtsgelehrten über diesen Punkt verschiedene Ansichten gehegt [12].

Wenn schon zum Beweise der Verjährung testes singulares nicht hinlänglich sind, so können sie es noch

---

[10]) S. *Hofacker* Princ. jur. Rom. §. 25.

[11]) S. Glück Erläuterung der П. 1. Thl. §. 87. S. 487. 488. allein mit seinen spätern richtigen Ansichten über testes singulares (Erl. der П. 22. Thl. §. 1185. b. S. 215. 216.) scheint die ältere Meinung nicht vereinbarlich und eben deshalb zurück genommen zu seyn.

[12]) *Farinacius* de test. nr. 190. 191. 192.

weniger zum Beweise eines Gewohnheitsrechts seyn. Hier ist Mehrheit und Menge der Handlungen und Ablauf einer langen Zeit erforderlich, und der Richter kann nicht das Urtheil fällen, daß diese Gewohnheit vorhanden sey, wenn nicht diese Erfordernisse oder die Facta, welche er seinem Urtheil zum Grunde legt, vollständig erwiesen sind. Die Handlungen bestehen dabei ganz für sich, sind von ganz verschiedenen Personen vorgenommen, und sollen die Gewohnheit nicht so wohl beweisen, als begründen. Wie kann nun hier bei den einzelnen Handlungen etwas von der Strenge des Beweises erlassen werden? — Am ersten wird man noch geneigt seyn, testibus singularibus bei dem Gewohnheitsrecht Glauben zuzustellen, wenn sie einstimmig behaupten, daß ein gewisser Satz häufig und seit langer Zeit beobachtet sey, und dann einzelne Beispiele für ihre Behauptung anführen, und zwar dieser diese, ein anderer jene [13]). Allein es ist doch im Grunde nur eben so, als wenn sie die bloßen Beispiele angeführt hätten. Die allgemeine Bemerkung der Zeugen, daß eine Gewohnheit vorhanden sey, hat wenig oder vielmehr gar keinen Werth, ist ein Eingriff in das richterliche Amt; es kommen bloß die von ihnen angeführten einzelnen Thatsachen in Betrachtung, welche nur, wenn sie einzeln und vollständig erwiesen sind, den Richter zu dem Urtheil, daß diese Gewohnheit nach ihren rechtlichen Erfordernissen vorhanden sey, berechtigen können.

Ich will nur noch zum Schluß bemerken, daß zu den Fällen, in welchen testes singulares vollständig be-

[13]) Dahin scheint die Meinung der Alten gegangen zu seyn. *Farinacius* nr. 190. 191. 192.

weisen, der Fall gerechnet zu werden pflegt, da es sich davon handelt, den Lebenswandel eines Menschen (mores) zu beweisen [14].

5.

Kommt es bei unklassischen Zeugen auf die Zahl an?

Die Rechtsgelehrten sind darüber einverstanden, daß, wenn von völlig verwerflichen Zeugen die Rede ist, zehn noch eben so wenig beweisen, als einer. Ich sage die Rechtsgelehrten; denn ich kenne mehrere, die das lehren [1]), und keinen, der das Gegentheil behauptet hätte. Der Satz ist auch so klar und einfach, daß darüber nicht füglich Zweifel Statt finden können. Ihn läugnen hieße mehrere Nullen zusammen rechnen wollen. Wohl bemerkte schon Struben: Ein Zeuge, der selbst keinen Glauben verdient, kann ihn auch andern von gleicher Gattung nicht mittheilen, eben so wenig als ein Beweisgrund, der für sich nichts beweiset, durch die Verknüpfung mit andern, die von gleicher Beschaffenheit sind, Kraft erlangt. Doch ist Hommel sich selbst nicht ganz getreu. Nämlich, vereinigt mit andern, nicht gänzlich unfähigen, können sie, nach ihm, zum Beweise beitragen [2]).

---

[14]) *Farinacius* c. l. §. 224.

[1]) Z. B. Struben rechtl. Bed. 1. S. 12. *Hommel* Rhapsod. obs. 10.

[2]) *Hommel* Rhapsod. obs. 210. reg. 10.

Wenn nun aber von Zeugen gehandelt wird, die nicht aller Glaubwürdigkeit ermangeln, sondern bloß verdächtig sind, da ist es eine ganz natürliche Vorstellung, daß zwei solche Zeugen Einem klassischen gleich zu achten sind, und überhaupt der Mangel der Glaubwürdigkeit durch die Zahl ergänzt werden könne. Daß bei Zeugen überhaupt die Zahl in Betrachtung komme, geben die Gesetze schon dadurch zu erkennen, daß sie sich nicht mit dem Zeugnisse Eines Zeugen begnügen, sondern zu einem vollständigen Beweise deren mehrere und wenigstens zwei erfordern [3]). Leyser nimmt keinen Anstand, zwei verdächtige Zeugen für Einen vollgültigen zu rechnen [4]). Und damit stimmt es überein, wenn Hommel [5]) lehrt, daß zwei verdächtige Zeugen einen halben, vier dergleichen einen vollen Beweis bewirken. Nam quod deest qualitati, setzt er hinzu, multitudine compensatur. Mevius [6]), auf welchen er sich unter andern beruft, lehrt zwar gleichfalls, daß zwei verdächtige Zeugen einen halben Beweis bewirken und einen Erfüllungseid begründen, — jedoch ohne die Folgerung hinzuzusetzen, daß durch vier solche Zeugen ein vollständiger Beweis hervorgebracht werden könne. Man kann nicht läugnen, daß bei Prüfung der Stärke des Beweises die Zahl der Zeugen sehr in Betrachtung zu ziehen sey. Man kann auch annehmen, daß der Verdacht, der den Zeugen entgegen steht, durch die Zahl aufgewogen werden könne, dergestalt,

---

[3]) **L.** 9. §. **1. C.** de test. **L.** 12. D. eod.

[4]) *Leyser* spec. 283. med. 35.

[5]) A. a. O.

[6]) Dec. Pars 3. dec. 402.

gestalt, daß der Mangel der Glaubwürdigkeit durch die größere Zahl übereinstimmender Zeugen ergänzt werden kann. Ein solcher Mangel könnte schon durch Vermuthungen bedeckt werden, warum nicht also auch durch andere Zeugen? Warum sollte auch hier die Regel nicht anwendbar seyn: Quae non probant singula, conjuncta probant? — Indessen daß zwei verdächtige Zeugen, wenn ich so sagen darf, auf Einen klassischen gehen, und folglich vier verdächtige zweien klassischen gleich gelten sollten, läßt sich im Allgemeinen schon deshalb nicht behaupten, weil der Verdacht auf Wahrscheinlichkeit beruht, gleich dieser Grade hat, und also nach Verschiedenheit der Fälle von sehr verschiedener Stärke seyn kann. Es kommt ja überhaupt bei der Frage, ob der Beweis geführt sey, viel auf das Eigenthümliche des Rechtsfalls und auf das arbitrium judicis an. Wer erinnert sich nicht jener Pandectenstelle *L.* 3. §. 2. *D. de test.:* Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest: sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur. *Alias numerus testium, alias dignitas* et auctoritas. Alias velut consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum, summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere: sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum tibi probatum opinaris. — Es wird also auch hier auf die Umstände und auf das vernünftige Ermessen des Richters ankommen, und darnach können drei verdächtige Zeugen einen vollkommenen Beweis bewirken, und in andern Fällen werden

vielleicht vier nicht hinlänglich, oder es wird doch zur Hervorbringung einer veritas forensis noch ein ergänzender Eid des Beweisführers nöthig seyn. Denn mehr noch als die Zahl wird die Glaubwürdigkeit des Zeugen in Betrachtung kommen, das Zutrauen, was man zu der Redlichkeit des Zeugen haben kann und zu seiner Fähigkeit, die sinnliche Wahrnehmung, wovon die Rede ist, theils zu machen, theils sie treu im Gedächtniß zu bewahren.

Dieselben Gründe werden auch dann Anwendung finden, wenn auf beiden Seiten Zeugen in verschiedener Zahl vorhanden sind, z. B. zwei Zeugen bestätigen die Angabe des Klägers, und auf Seiten des Beklagten stehen drei, die das Gegentheil aussagen. Kann der Richter die erstere Zahl von der letztern abziehen, und folglich den Beweis des Beklagten für den stärkern erklären, oder wird nicht vielmehr zunächst die größere oder geringere Glaubwürdigkeit der verschiedenen Zeugen in Betrachtung kommen, wie sie sich aus den persönlichen Verhältnissen der Zeugen, aus ihren Aussagen, deren Umständlichkeit, Uebereinstimmung u. s. w. ergibt? Nur, wenn alles Uebrige gleich wäre, könnte die Zahl den Ausschlag geben. Gesetzt auf der einen Seite wären fünf Brüder, und auf der andern zwei fremde redliche Männer, von scharfer Beobachtungsgabe, welcher Zeugen Aussage wird das größte Zutrauen erwecken? Kann man hier sagen, die vier Brüder wiegen als verdächtige Zeugen die beiden Fremden auf; ihre Aussage wird aber noch durch den fünften Bruder bestätigt, folglich ist ihr Gewicht überwiegend? Kein echter Jurist wird die aufgeworfene Frage also entscheiden. Wenigstens würde eine solche

Entscheidung gegen deutliche Gesetze verstoßen, welche obige einfache Grundsätze durchgehends bestätigen. *L.* 21. §. 3. *D. de testibus. Arcadius.* Si testes omnes ejusdem honestatis et existimationis sint et negotii qualitas ac judicis motus cum his concurrit, sequenda sunt omnia testimonia: si vero ex his quidam eorum aliud dixerint, licet impari numero, credendum est: sed quod naturae negotii convenit et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret: confirmabitque judex motum animi sui ex argumentis et testimoniis et quae rei aptiora et vero proximiora esse compererit. *Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit* [7]). *Cap.* 32. *X. de testibus. Si actoris et rei testes contraria deponunt, fidem sibi non derogant, sed praevalent digniores et verisimiliora deponentes: et, si in caeteris est disparitas, praefertur numerus.* — Cum igitur hinc *plures*, inde vero sint testes numero *pauciores* producti, quos non solum *diversa*, sed diversa penitus in quibusdam constat testimonia reddidisse; *quia etiam ad multitudinem tantum respicere non oportet, sed ad testium qualitatem et ad ipsorum deposita,* quibus potius lux veritatis assistit, ex quibus motum animi sui convenit judicem informare: mandamus, quatenus, *si testes utrinque producti ejusdem honestatis et existimationis exstiterint,* cum constet testes monachorum esse testibus archidiaconi numero pauciores, pro archidiacono sententiam proferatis. Si vero testes ex parte mona-

---

[7]) Die Stelle kann auch von Zeugen verstanden werden, die derselbe Streiter für sich aufgestellt hat.

chorum producti tantae praeminentiae fuerint; quod eorum auctoritas aliorum sit merito multitudini praeferenda, ab impetitione archidiaconi absolvatis eosdem. Daß es bei Zeugen, die von verschiedenen Seiten vorgeschlagen werden, auf die Zahl nicht ankomme, darüber kann auch folgende Stelle zur Bestätigung dienen. *Cap.* 3. *X. de probat.* Ad quod scire debes, quod judicium finium regundorum tale est, ut in eo utraque persona vices duorum habeat, videlicet actoris et rei. Unde hinc inde testes recte produci possunt ad cognitionem judicis instruendam, quibus examinatis, judex, *quos praecellere intellexerit*, ad fidem sibi faciendam admittat [3]).

6.

Ueber das Zeugniß der Unmündigen. — Kann man in späteren Jahren über Erfahrungen aus den Jugendjahren ein gültiges Zeugniß ablegen?

Nach Römischem Recht können Unmündige bei Errichtung eines Testaments bekanntlich nicht als Zeugen gebraucht werden [1]). Sie können ferner nach Calli-

---

[3]) S. übrigens über diese Materie *Farinacius* de testibus lib. 3. tit. 7. qu. 65. *J. H. Boehmer* Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 19. §. 15. *Leyser* spec. 287. med. 4. et 5.

[1]) §. 6. I. de testam ord.

stratus nicht gegen einen (wegen Uebertretung der Lex Julia de vi) Angeklagten als Zeugen aufgestellt werden [2]). Und Ulpian bemerkt [3]), nachdem er im Principio von denen geredet hat, die nicht wider ihren Willen zur Ablegung eines Zeugnisses genöthigt werden können: *sed nec pupillis testimonium denunciari potest* [4]). Aus diesen Stellen haben die Ausleger die Regel abgeleitet, daß Unmündige nicht Zeugen seyn können, vielmehr zur Ablegung eines Zeugnisses absolut unfähig sind.

Nicht alle denken so; sondern einige unterscheiden unter den Unmündigen. Sie machen nämlich zwei Klassen derselben: 1. *Infantes* und *Infantiae proximos* — und 2. *Pubertati proximos*. Jene sind, nach ihnen, ganz verwerflich; diese können Zeugen seyn, *modo negotium tale subsit, quod in capacitatem intellectus impuberis cadat* [5]).

Die ganze Lehre hat an den Gesetzen keinen sichern Halt; daher das Schwanken der Rechtsgelehrten bei

---

[2]) L. 3. §. 5. D. de test.

[3]) L. 19. §. 1. D. eod.

[4]) Venulejus setzt in der folgenden L. 20. D. eod. hinzu: In testimonium accusator citare non debet eum, qui judicio publico reus erit aut qui minor viginti annis erit. Vermöge dieser Stelle hat man immer behauptet, ein Zeuge in Criminalsachen müsse 20 Jahre alt seyn. Leyser bemerkt, dieß Gesetz sey außer Gebrauch gekommen, wie jeder wisse, der in gerichtlichen Dingen nicht ganz ein Fremdling sey. — Es hätte wol erst gefragt werden müssen, ob es je in dieser Allgemeinheit gegolten habe. — Eine andere Frage sey, wie weit einem solchen Zeugniß zu glauben sey, und da pflege man sich oftmals auf den Ausspruch des Venulejus zu berufen, um das Zeugniß der Nichtzwanzigjährigen zu entkräften. Ipsi, setzt Leyser hinzu, ipsi ea (lege) plus centies in rationibus sententia-

einem so einfachen Rechtssatz. Daß Unmündige überhaupt unfähig seyn sollten, ein Zeugniß abzulegen, ist im Römischen Recht eigentlich nirgends gesagt. Die Stelle des Callistratus bezieht sich nur auf den Criminalprozeß und das Einzige, was dafür angeführt werden kann, sie allgemein zu verstehen oder allgemein anzuwenden, besteht darin, daß der angeführte Grund weiter reicht, als die Bestimmung. Es heißt nämlich: propter *lubricum consilii sui* — admittendi non sunt ad testimonii fidem, was ohne Zweifel auf die Impuberes gehen soll. Es ist das freilich ein Grund, der seltsam ins Ohr fällt; denn was haben *consilium* und *fides testimonii* mit einander gemein? Eher hätte es heißen können propter lubricum *aetatis*. Aber gleichviel, mag dieser Grund richtig, mag er gut ausgedruckt seyn oder nicht, genug daß er auch auf den Civilprozeß anwendbar seyn würde. Nur steht einer solchen Ausdehnung der angeführte Ausspruch des Ulpian im Wege, wonach, wie es scheint, Unmündige nur nicht wider ihren Willen zur Ablegung eines Zeugnisses genöthigt werden können; woraus denn durch argumentum a contrario zu folgen scheint, daß sie an sich zur Ablegung eines Zeugnisses nicht unfähig sind. Für die nächste Anwendung bedarf es indessen über diese

---

rum absolutoriarum usi sumus, *sed alio iterum tempore plane contrarium respondimus* atque ex testimonio minoris, aliis adminiculis suffulto, reum condemnavimus aut torturae subjecimus. Das klingt nun freilich sehr seltsam, soll aber doch wol nur heißen, es komme in solchen Fällen auf die Umstände und auf das arbitrium judicis an. S. *Leyser* spec. 283. med. 5.

[5]) *Struv.* Syntagma tit. de test. §. 38. nota g.

Frage keines Streits, indem Unmündige, wegen ihres Alters, keinen Eid ablegen, folglich auch nach der Regel: Testi injurato non creditur, bei Gericht, wenigstens der Regel nach, keinen Glauben finden können [6]). Dieß hindert freilich nicht, daß sie nicht in Criminalsachen von Gerichtswegen vernommen werden könnten, nicht so wohl, damit durch ihr Zeugniß Jemand überführt werde, sondern wenigstens hauptsächlich, damit der Richter dadurch Gelegenheit erhalte, weiter nachzuforschen.

Aber von je her hat unter den Rechtsgelehrten der Satz gegolten, es könne Jemand, nachdem er mündig geworden, über dasjenige, was er während der Unmündigkeit gesehen, gehört habe u. s. w., ein gültiges Zeugniß ablegen. Diesen Satz halte ich für vollkommen wahr, obgleich er nicht von allen dafür anerkannt wird. Wir haben so eben gesehen, daß es kein einziges Gesetz gibt, wodurch das Zeugniß der Unmündigen im Allgemeinen und geradezu verworfen würde. Wäre es aber, so würde daraus, daß der Impubes nicht Zeuge seyn kann,

---

[6]) Völlig unfähig zur Ablegung eines Eides sind sie auch nur nach Canonischem Recht. Hingegen nach Römischem kann ihnen ein Eid zugeschoben und dieser von ihnen geschworen werden, weil hier alles davon abhängt, nicht, ob der Eid an sich beweiset, sondern ob eine Partei es sich gefallen lassen will, daß ihrem Gegner, wenn er schwört, geglaubt werde. *L. 26. pr. D. de jurejur.* Qui jurasse dicitur, nihil refert, cujus sexus aetatisve sit: omni enim modo custodiri debet jusjurandum adversus eum, qui contentus eo, eum deferret, fuit: quamvis pupillus non videatur pejerare: quia sciens fallere non videatur.

noch nicht folgen, daß nicht der ehemalige Impubes über das, was er während des unmündigen Alters erfahren hat, nach erlangter Mündigkeit, also nachdem das Hinderniß gehoben ist, welches seiner Fähigkeit früher im Wege stand, ein gültiges Zeugniß sollte ablegen können. Was seinem Zeugniß, vermöge der Natur der Sache im Wege steht, macht es bloß, und auch nicht einmal in allen Fällen, verdächtig; ihn gänzlich vom Zeugniß auszuschließen, davon könnte der Grund nur darin liegen, daß man ihm, wegen seiner Jahre, zu einem solchen Geschäft nicht Ernst genug zutraut und daß es ihm an Einsicht in die Natur und Wichtigkeit des Eides fehlt, und beides ist vorübergehend.

Das Gegentheil wird nicht durch einzelne im Römischen Recht vorkommende, ohnehin dem Zusammenhang entrissene, Bemerkungen über die Fassungskraft der Unmündigen bewiesen, die ohnehin nur dann einen Werth haben, wenn sie an und für sich richtig sind und als solche die Prüfung aushalten. So heißt es zwar in einer Stelle des Codex, worin vom falschen Münzen die Rede ist [7]), daß Unmündige, die etwa von dem Verbrechen wußten, nicht als Mitschuldige angesehen werden können: *quia aetas eorum, quid videat, ignorat*; indessen heißt dieß doch nur, daß Unmündige von dem, was sie sehen, die rechte Bedeutung nicht einsehen, wird auch nicht als allgemein gültiger Satz gegeben, sondern bezieht sich nur auf das besondere Verbrechen, wovon die Rede ist, und heißt im Grunde nichts anderes, als daß Unmündige das Unerlaubte der Handlung des Falschmün-

---

[7]) L. 1 C. de falsa moneta.

zens nicht einsehen; eine Betrachtung, die den Gesetzgeber bewog, sie, ungeachtet ihrer Mitwissenschaft, bei diesem Verbrechen für straflos zu erklären.

Von gleichem Gehalt in dieser Beziehung ist der Ausspruch des Papinian [8]): *Impuberes sine tutore agentes nihil posse scire intelliguntur;* welches doch nur die Bedeutung hat, daß ihnen, wenn sie ohne Vormund handeln, Unwissenheit zu Gute gehalten wird. Eben so wenig gehört hierher ein Ausspruch des Pomponius in L. ult. D. de Verb. Sign. Pomponius spricht nicht einmal vom Unmündigen überhaupt, sondern bloß vom Infans, welches er mit dem Stummen und dem Wahnsinnigen paart und von ihnen insgesammt gelegentlich bemerkt, sie könnten nicht als gegenwärtig betrachtet werden; *nemo enim ex eo genere praesens satis apte appellari potest.* Wenn es erlaubt ist, dergleichen Bemerkungen nach den Worten zu nehmen, sie als ausgemachte und allgemeine Wahrheiten zu betrachten und daraus Schlüsse abzuleiten, so getraue ich mir, ohne alle Schwierigkeit zu beweisen, daß es nicht verboten ist, dergleichen Personen zu schlagen, zu tödten u. s. w. Nichts desto weniger sind es nur solche Stellen, aus denen Voet [9]) seine abweichende Meinung, nämlich daß Jemand über das, was er während seiner Unmündigkeit erfahren, kein gültiges Zeugniß ablegen könne, zu rechtfertigen sucht.

Auch beweiset nichts eine Stelle des Callistratus, wonach Unmündige nicht auf die Tortur gebracht werden können, wobei hinzugesetzt wird, es könne ihnen

---

[8]) L. ult. D. de juris et facti ignorantia.

[9]) Ad tit. Dig. de testibus §. 2.

aber auch nicht ohne Tortur geglaubt werden: *nam aetas, quae adversus asperitatem quaestionis eos interim tueri videtur, suspectiores quoque eosdem facit ad mentiendi facultatem* [10]). (Soll doch wahrscheinlich heißen: ad mentiendi *facilitatem*. Die *facultas* mentiendi möchte wol jedem Alter gemein seyn.) Denn wäre es wahr, daß Unmündige leichtsinnig zu lügen geneigt sind, so würde ja dieser, dem Alter anklebende, Fehler mit den Jahren abgelegt werden. Die Stelle selbst scheint zu ergeben, daß Unmündige nur einstweilen (interim) zur Ablegung eines Zeugnisses nicht fähig sind; daß ihr Zeugniß aber in der Folge nachgeholt werden könne. Sie steht also meiner Meinung nicht entgegen, sondern ihr eher zur Seite.

Es kommen endlich auch solche Gesetzstellen nicht in Betrachtung, die den Unmündigen Mangel an Urtheilskraft beilegen, ihnen die Fähigkeit entziehen, ein Testament zu machen, *quia nullum eorum animi judicium est* [11]); ihnen wol gar den Verstand (intellectus) und daher überhaupt die Fähigkeit zu rechtlichen Geschäften absprechen. Das Letztere geht nur auf Infantes und Infantiae proximos und mit Ausschluß auch nur der erstern sind die übrigen Unmündigen nicht durchaus unfähig, rechtliche Geschäfte vorzunehmen; sie können dergleichen theils selbst, theils unter dem Beitritt ihres Vormundes verrichten, wenn sie nicht mehr unter väterlicher Gewalt sind [12]); nur ein Testament können sie nicht machen. Ueberdieß kommt es hier auf

---

[10]) L. 15. §. 1. D. de quaest.

[11]) §. 1. I. quibus non est permissum fac. testam.

[12]) §. 9. et 10. I. de inutil. stipul.

die Stärke der Urtheilskraft, auch auf Erfahrung, Vergleichung verschiedener Thatsachen, auf die Fähigkeit, Schlüsse daraus zu ziehen, Urtheile zu fällen, sich klug und mit Vorsicht zu benehmen, mit Einsicht zu handeln, auf alles das kommt es hier nicht, sondern nur darauf an, richtig zu beobachten und sich des Beobachteten zu erinnern; kurz, es kommt hier auf keine Function des Verstandes, sondern nur auf das Sehen und Hören und auf das Gedächtniß an.

Das, was zum Zeugen gehört, das Wahrnehmungs- und Erinnerungsvermögen, fehlt der Jugend nicht. Kinder sind sogar zu Wahrnehmungen gewisser Art sehr aufgelegt; sie sind bekanntlich sehr neugierig und beobachten sehr scharf bei Dingen, die in ihrem Gesichtskreis liegen. Sie sind für sinnliche Eindrücke sehr empfänglich; dabei ist das Gedächtniß bei ihnen frisch und nicht, wie in späteren Jahren, überfüllt; der geringe Kreis, worin ihr Leben sich bewegt, macht, daß sie das Wenige, was sie beobachten, besser im Gedächtniß festhalten können. Die Flüchtigkeit der Jugend kann sie zwar an anhaltender Beobachtung und anhaltender Aufmerksamkeit hindern, aber diese ist nicht immer erforderlich. Auch ist das Bewußtseyn in diesem Alter nicht stark genug, daß nicht der eine Eindruck durch einen folgenden leicht verdunkelt werden, oder daß sie ihn mit allen Nebenumständen auffassen und im Gedächtniß bewahren könnten; welches Letztere aber auch nicht immer erforderlich ist. Doch kommt dabei viel auf das Individuum, auf die Lebhaftigkeit des Eindrucks u. s. w., an. Ueber das, was nicht sinnlich ist, z. B. über den Zeitpunkt, wo eine gewisse Begebenheit sich ereignete, werden sie freilich keine Auskunft geben können; sie

können indessen vielleicht Merkmahle angeben, aus denen auf den Zeitpunkt zu schließen ist. Auf allen Fall bleibt viel aus den Jugendjahren und dann für immer im Gedächtniß zurück.

So wird z. B. jeder im Stande seyn, zu bezeugen, daß dieser oder jener in seinen Jugendjahren gelebt habe, vielleicht auch, daß er mit ihm zur Schule gegangen, oder mit ihm bei diesem oder jenem erzogen sey — daß diese oder jene Hochzeit gefeiert worden — daß dieser oder jener gestorben und mit Gepränge begraben sey — daß dieser oder jener in jenem Hause, auf jenem Gut gewohnt, daß er dort mit seinen Aeltern zum Besuch gewesen — daß hier ehedessen ein Haus, dort eine Scheuer gestanden — daß dieses oder jenes Haus in Feuer aufgegangen — daß Feinde ins Land gefallen — Schauspieler im Ort gewesen u. s. w. Er wird sich überhaupt bleibender, ja auch mancher vorübergehenden, Ereignisse aus seinem frühern Leben, besonders solcher Ereignisse wird er sich erinnern, die ihn selbst angehen, z. B. daß er von diesem oder jenem unterrichtet worden — daß er an dieser Stelle gespielt, an dieser oder jener das Vieh gehütet habe u. s. w. — oder die Aufmerksamkeit des Kindes besonders rege machen, und oft mit der größten Lebhaftigkeit erinnern.

Man sieht hieraus, daß es möglich sey, daß Jemand aus den Jahren seiner Unmündigkeit ein gültiges Zeugniß ablegen könne. Ob er sich in einzelnen Fällen nun wirklich an Wahrnehmungen seiner Jugend, und mit welcher Lebhaftigkeit er sich ihrer erinnere, darüber kann er selbst die beste Auskunft geben.

Eine andere Frage wird seyn, ob und in welchem Grade der Richter einem solchen Zeugniß Glauben zustellen könne. Dabei wird es ankommen auf die Natur der Begebenheit und wie nahe sie das Kind berührte; ob von etwas Gesehenem die Rede ist, oder von etwas Gehörtem; denn es wird viel leichter seyn, einen Eindruck, den Jemand durch das Gesicht empfing, wovon also ein Bild in der Seele zurückblieb, ins Gedächtniß zurückzurufen, als Worte, welche verhallt sind; — auf das Alter des Kindes, nämlich, wie nahe oder fern es den beiden Endpunkten dieses Abschnitts des Lebens stand, als es die Wahrnehmung gemacht haben will; dabei kann man jedoch keine bestimmten Grenzlinien nach den Jahren ziehen, als welche die Natur nicht kennt; — nicht weniger auf die Zeit, da Jemand das Zeugniß ablegt, ein wie großer Zeitraum nämlich, seit die Begebenheit sich zutrug, dann verflossen ist; — auf die Individualität des Zeugen, die Empfindlichkeit seiner Nerven u. s. w. — besonders auch darauf, ob sein Zeugniß mit den Aussagen anderer Zeugen oder mit sonstigen Umständen, die aus den Akten bekannt sind, übereinstimmt. Vielleicht auch kann der Stand des Zeugen in Betrachtung kommen. Mir ist es wenigstens immer so vorgekommen, als wenn Leute aus den geringeren Ständen, besonders Landleute, die einen geringeren Ideenkreis haben, und hauptsächlich in der sinnlichen Welt leben, bei denen das Gedächtniß nicht überladen, der Kopf nicht angegriffen ist, auch wenn vom Zeugnißablegen die Rede ist, wie überhaupt zu den nöthigsten Verrichtungen in der Welt, am brauchbarsten sind, und als wenn ihre Wahrnehmungen mehr Sicherheit haben, wie anderer welches denn auch auf sinn-

liche Eindrücke aus ihren Jugendjahren Anwendung finden dürfte.

Es wird also, daß ich es kurz sage, bei der Frage, ob der Richter in eine in die Jugend zurückgehende Aussage Vertrauen zu setzen, oder Mißtrauen dagegen zu hegen Ursache habe, in einzelnen Fällen sehr auf die Umstände ankommen, und man wird dem Bachov nicht Unrecht geben können, wenn er kurz bemerkt: Plane judicis erit, aestimare, quantum huic testimonio sit tribuendum [13]). Aber, im Allgemeinen verwerfen kann man Zeugnisse dieser Art so wenig, daß selbst Zeugnisse, welche in die ersten Jahre des Lebens, ja in das Alter der eigentlichen Kindheit (infantia) zurückgehen, ja in der Jugendzeit abgelegt werden, nicht ohne Werth sind, sondern nach Umständen in Betrachtung kommen können. Ein merkwürdiges Beispiel eines solchen in der Jugendzeit abgelegten Zeugnisses kommt vor bei Leyser, ein Beispiel nämlich von einem Kinde von 9 Jahren, welches über erlittene Mißhandlungen klagte, wovon die Spuren an seinem Leibe (nämlich an den Geschlechtstheilen) wirklich gefunden wurden [14]). Was einem solchen (in jenem Fall noch durch andere Umstände bestätigten) Zeugnisse an Glaubwürdigkeit abgeht, wird, wie Leyser gut bemerkt, wieder ersetzt durch die Unschuld des Kindes.

Wollte man endlich Zeugnisse, welche in die Jugendjahre zurückgehen, verwerfen, so müßte man, um auch dieß hinzuzusetzen, und mit größerm Recht auch die

---

[13]) *Bachov.* ad Treutlerum vol. 2. disp. 5. thesis 8. lit. a. S. auch *Leyser* spec. 283. med. 2. sq.

[14]) *Leyser* spec. 283. med. 2. seq.

Zeugnisse der Alten verwerfen, welche man allgemein klagen hört, wie das Gedächtniß bei ihnen so sehr abnehme, wie sie des Geschehenen bisweilen schon nach wenigen Tagen sich nicht mehr erinnerten, während die Erinnerungen aus der Jugendzeit noch lebhaft in ihnen seyen u. s. w. Aber diese verwirft man nicht; man hört sie ab, erforscht von ihnen, ob und was sie wissen, und der Richter beurtheilt, wie weit ihrem Zeugniß zu trauen sey.

7.

Ueber das Zeugniß der Weiber.

Nachdem ich von dem Zeugniß der Unmündigen geredet, komme ich jetzt zu dem Zeugniß der Frauenzimmer. Ich habe nicht nöthig, mich über die Ordnung, worin ich die einzelnen Abhandlungen auf einander folgen lasse, zu rechtfertigen; sonst könnte ich mich auf Stellen des Römischen Rechts berufen, worin sie den Unmündigen in manchen Stücken gleich gesetzt werden.

Sie können bekanntlich auch nicht Zeugen seyn, eben so wenig als Unmündige, wenn davon die Rede ist, einer Handlung durch Zuziehung von Zeugen Feierlichkeit zu geben.

Wol aber können sie bei dem Beweise als Zeugen gebraucht werden; sie können ein vollgültiges Zeugniß ablegen. Zwar scheint Paulus die Sache nicht ganz unbedenklich gefunden zu haben; er schließt nur daraus,

daß gewisse Frauen zur Strafe nicht zeugen können, daß sie der Regel nach dazu fähig sind [1]).

Hingegen verwirft das Canonische Recht das Zeugniß der Weiber — und stimmt also über diesen Punkt mit dem Attischen überein [2]). Zwar meint J. H. Böhmer, dieß gelte nur von dem ältern. Es sind nämlich in das decretum Gratiani mehrere Stellen aus den Schriften der Kirchenväter aufgenommen, die dem Geschlecht nicht hold waren, und unter denen der heilige Augustin sich auszeichnete, der das Weib nicht für ein Ebenbild Gottes gelten lassen will; Stellen, worin dem weiblichen Zeugniß aller Werth abgesprochen wird [3]). Aber, nach neuerm Canonischen Recht sind Weiber in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zum Zeugniß zugelassen; und nur in Criminalsachen gilt ihr Zeugniß nicht, wenigstens nicht durchgehends.

Dieß behauptet J. H. Böhmer [4]). Ich habe indessen in den von ihm angeführten Stellen die Bestätigung seiner Lehre vergebens gesucht. Es erhellet gerade das Gegentheil daraus. Nämlich, ich finde, daß sie zur Erforschung von Verbrechen als Zeugen vernommen werden können, daß aber der Regel nach und in Civilsachen ihr Zeugniß keinen Werth hat [5]). Noch im Titel de V. S. in der Gregorianischen Sammlung der Decretalien findet sich der Satz ausgesprochen, ein Zeuge müsse männlichen Geschlechts seyn, und hinzu wird

[1]) L. 18. D. de test.

[2]) S. Meier und Schömann in der gekrönten Preisschrift vom attischen Prozeß. S. 667.

[3]) C. 17. et 19. C.33. qu. 5.

[4]) *J. H. Boehmer* Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 20. §. 17.

[5]) Cap. 3. cap. 33. X. de test. et. att.

wird gesetzt: *Nam varium et mutabile testimonium semper foemina producit* [6]). Was man sonst nur dem Geschlecht in Hinsicht auf den Charakter vorwirft, wird hier auf Zeugnisse desselben ausgedehnt!

Einem guten Gesetzgeber steht es nicht wohl an, wenn er ohne zureichenden Grund die Beweismittel schmälert, diejenigen vom Zeugniß ausschließt, die dazu völlig fähig sind, und auf solche Art einer Partei vielleicht den einzigen Weg versperrt, ihr Recht zu beweisen, folglich es geltend zu machen. Auch lehrt die tägliche Erfahrung, daß über diesen Punkt das Canonische Recht nicht befolgt wird.

Eine andere Frage wäre es, ob weibliches Zeugniß dem männlichen völlig gleich gelten könne. Man wird vielleicht glauben, ich scherze, daß ich diese Frage aufwerfe. Nein. Auch haben schon die Alten diese Frage nicht nur aufgeworfen, sondern sie sogar geradezu verneint. Struv [7]) entsieht sich nicht, zu behaupten: *Plus fidei judex tribuet masculis, quam foeminis* [8]). Ich weiß zwar nicht, aus welchen Gründen jene eine so seltsame Behauptung zu rechtfertigen sich getrauten; und suche vergebens selbst darnach [9]). Vielleicht haben

---

[6]) Cap. 10. X. de V. Sign.

[7]) Syntagma tit. de test. §. 49.

[8]) Tiraquell erkennt diesen Unterschied zwar im Allgemeinen als gültig an, will ihn aber nur bei Leuten desselben Standes gelten lassen; er zieht daher adlige Frauen unadligen Männern vor. Aber Matthäus, dem Struv beistimmt, überläßt dieß der Beurtheilung des Richters, *quia non omnes nobiles sexum virtute vincunt.*

[9]) Struv beruft sich bloß auf Stellen des Römischen Rechts, wodurch den Weibern Gebrechlichkeit (imbecillitas, infirmitas) vorgeworfen, oder vielmehr als Grund angeführt wird, sie gegen Verbürgungen in Schutz zu nehmen.

sie geglaubt, es liege in der Natur des Geschlechts, daß es in manchen Fällen, z. B. aus Furchtsamkeit, zum Wahrnehmen weniger geschickt sey, wie das männliche; oder in ihrem leichten Sinn, daß ihr Zeugniß, wenigstens wenn es auf Sorgfalt im Beobachten und Genauigkeit im Wiedergeben ankommt, weniger Glauben erweckt, wie das Zeugniß von Männern.

Aber wenn man hierauf Rücksicht nehmen will, muß man in jedem einzelnen Fall erst eine Untersuchung anstellen, über die Gemüthsart dieses Individuums.

Im Uebrigen mag, was auch Griechinnen und Italienerinnen entgegen steht, nicht auf alle übrigen Völker, und namentlich nicht auf Deutsche Frauen anwendbar seyn, als welche, die Mütter eines gesetzten und verständigen Volks, bekanntlich selbst von einem gesetzten und verständigen Wesen zu seyn pflegen.

8.

Von Zeugen, die ihre Aussage verbessern.

Zeugen, die sich selbst widersprechen, können freilich keinen Glauben finden [1]). Allein, das Canonische Recht entzieht auch solchen Zeugen, die ihre frühere Aussage berichtigen, wenn es nicht auf der Stelle geschieht, allen Glauben [2]). Dabei liegt *metus subornationis* zum Grunde; es ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber der aufgestellte Unterschied (zwischen Widerruf auf der Stelle und ex intervallo) deutet darauf hin. An und für sich ist ein Unterschied, ob ein Zeuge zweierlei Sprache führt, ob er später ein Zeugniß ablegt, welches mit einem frühern im Widerspruch steht, so

[1]) Cap. 9. X. de probat. | [2]) Cap. 7. X. de test. cog

daß man nicht weiß, zu welcher Zeit man ihm glauben soll — oder, ob er, nachdem er weiter über die Sache nachgedacht hat, eine frühere Aussage aus eigener Bewegung als irrthümlich widerruft, sie verbessert. Zeugen der erstern Art scheint das Römische Recht zu meinen unter den *testibus, qui adversus fidem suam testationis vacillant*, von denen es heißt: *audiendi non sunt* [3]). Hingegen die Berichtigung kann mit Wahrhaftigkeit wol bestehen, ja vielleicht für ein Zeichen derselben gelten, und wenn ein solches Zeugniß verdächtig ist, so ist es nicht wegen des bloß möglichen Falls, daß der Zeuge umgestimmt seyn könne, sondern weil man in die Treue des Gedächtnisses eines solchen Zeugen Mißtrauen zu setzen geneigt seyn wird. Gänzlich verwerfen kann man das (verbesserte) Zeugniß nicht, wenn auch die Berichtigung erst ex intervallo erfolgt, besonders wenn der Zeuge Umstände anführt, die den frühern Irrthum erklären, oder das jetzige Zeugniß besonders glaubwürdig machen, oder wenn es mit anderen, aus den Akten bekannten, Umständen oder Beweisen übereinstimmt.

9.

Verfahren bei Abhörung der Zeugen, wie es ist, und wie es seyn sollte. Besonders von der Gegenwart der streitenden Theile bei dem Zeugenverhör.

Nach Römischem Recht waren die streitenden Theile bei dem Verhör der Zeugen gegenwärtig. Wir wissen so-

---

[3]) L. 2. D. de test.

gar aus den Klassikern, daß, nach dem alten Römischen Prozeß, die Parteien oder deren Anwalte es waren, welche den Zeugen die Fragen vorlegten, und dabei zeigte sich die Kunst der Anwalte besonders darin, daß sie die Zeugen des Gegners in Widersprüche zu verwickeln, sie zu schrecken, zu verwirren, aus der Fassung zu bringen suchten [1]). Mitunter nahmen sie sich auch wol die Erlaubniß, ihrer zu spotten, wie Cicero that, der dem Publius Cotta, einem Rechtsgelehrten, welcher, da er als Zeuge vernommen ward, erklärte, er wisse nichts von der Sache, die Bemerkung machte, er glaube vielleicht, daß hier von Rechtsfragen die Rede sey. So erzählt wenigstens Plutarch im Leben des Cicero.

Man beruft sich zwar auf eine Constitution des Kaisers Zeno (L. 14. C. de test.), um dadurch zu beweisen, daß nach Römischem Recht die streitenden Theile bei dem Verhör der Zeugen nicht gegenwärtig seyn durften. Der Beweis soll in den Worten: praecipimus — omnes, qui in civili scilicet causa suum praebent testimonium, ita ad judicantis intrare *secretum* enthalten seyn [2]). Es würde daraus höchstens folgen, daß es zu Zeno's Zeiten anders gewesen; indessen jene Worte und besonders der Ausdruck Secretum, welcher nach Brisson mit Secretarium gleichbedeutend ist, haben schwerlich diesen Sinn, und geben über die Ausschlie-

[1]) Es gehört hierher besonders *Quinctilian* Instit. orat. lib. 5. cap. 7. S. auch *Sigonius* de judiciis lib. 1. cap. 28. lib. 2. cap. 15. und *Stryck* Proc. jur. Rom. antiq. cap. 5. nr. 14. seq. Klein's Rechtssprüche der Halleschen Juristenfacultät. Thl. 1. S. 36.

[2]) S. *Perez* ad Cod. tit. de test. nr. 22.

ßung der streitenden Theile vom Verhör wenigstens keine sichere Auskunft. Daß die Abhörung der Zeugen zu Justinian's Zeiten in Gegenwart der streitenden Theile geschah, geht aus einer Constitution Justinian's (L. 19. C. de test.) hervor; wenigstens ist dieß die natürliche Auslegung dieser Stelle. Auf allen Fall ist es dem neuesten Römischen Recht gemäß [3]), als worin die Ausleger übereinstimmen; und, was gewöhnlich übersehen wird, auch dem Canonischen. Im Cap. 2. X. de test. schreibt der Papst, daß die streitenden Theile ad *audiendos testes* vorzuladen sind, und daß er hierbei das Römische Recht vor Augen hatte, hat schon J. H. Böhmer zu dieser Stelle angemerkt. (Es wäre zwar möglich, daß der Papst damit nur habe sagen wollen, die Parteien seyen zum Verhör vorzuladen, um der Beeidigung, nicht aber dem eigentlichen Verhör, beizuwohnen. Indessen scheint diese Auslegung nicht so gut, wie jene, zu den Worten zu passen.) Die Bestimmung des Römischen und Canonischen Rechts ist freilich bei uns nicht im Gebrauch, und die Abhörung der Zeugen geschieht bekanntlich in Abwesenheit der streitenden Theile. Nichts desto weniger sind es doch auch nach unserem Prozeß die Parteien, welche die Zeugen befragen. Denn von ihnen rühren ja die Fragen her, die den Zeugen vorgelegt werden. Der Richter macht hier nur den Vermittler, oder vielmehr diese Methode vereinigt gewissermaßen Beides, Verhör von Seiten der Parteien und des Richters, der auch ex officio Fragen hinzusetzen darf.

Dabei entsteht die Frage, wonach der Richter ex

---

3) S. die Nov. 90. cap. 9. ingl. Auth. Sed et si quis C. de test.

officio fragen dürfe. Nach cap. 37. X. de test. kann der Richter nach allen Umständen des Orts, der Zeit u. s. w., nach dem Grunde der Wissenschaft u. s. w., forschen [4]); allein, dabei scheint vorausgesetzt zu seyn, daß überhaupt das ganze Verhör durch den Richter bewerkstelligt wird. Die Stelle bezieht sich auf alle Fragen, auf das ganze durch den Richter zu bewerkstelligende Verhör; nicht bloß auf hinzuzufügende Fragen *ex officio*. Bei unserem gegenwärtigen Verfahren, da die eine Partei die Fragen und die Gegenpartei Gegenfragen entwirft, welche den Zeugen durch den Richter vorgelegt werden, dürfte von dieser ganzen Stelle weiter kein Gebrauch zu machen seyn, und es scheint mir unpassend zu seyn, wenn man sie dennoch als geltendes Recht anführt, wie von einigen, als G. L. Böhmer und Schaumburg [5]), geschieht. Nach der Regel, daß der Richter nicht ex officio thätig ist, darf er Fragen über Umstände, durch welche eine Partei durch dieses Mittel keinen Beweis führen wollte, worüber sie keine Zeugen-Abhörung verlangt hat, nicht hinzu fügen, weil es von der Partei abhängt, ob sie überhaupt und wie weit sie von diesem Beweismittel Gebrauch machen will, und über-

---

[4]) Mandamus, heißt es daselbst, quatenus recipias testes, quos utraque pars tam super principali negotio, quam in personas testium duxerit producendos, ac eos diligenter examinare proceres et de singulis circumstantiis prudenter inquirens, de caussis videlicet, personis, loco, tempore, visu, auditu, scientia credulitate, fama et certitudine cuncta plene conscribas etc.

[5]) *G. L. Boehmer* Princ. jur. can. §. 794. *Schaumburg* Princ. prax. jur. L. 1. sect. 1. membr. 3. cap. 2. §. 13. not. *.

haupt keine, als solche, welche dazu dienen, Undeutlichkeit und Zweideutigkeit aus den Aussagen zu entfernen, kurz die auf Erläuterung oder Aufklärung scheinbarer Widersprüche abzwecken. Fragen dieser Art sind ohne Zweifel erlaubt, weil die abwesende Partei keine Gelegenheit hat, sie den Zeugen vorzulegen, und weil die Handlung außerdem zwecklos seyn würde; und diese letztere Rücksicht wird auch Fragen nach dem Grunde der Wissenschaft des Zeugen rechtfertigen, welche die guten Alten die Seele des Zeugnisses zu nennen pflegten und ohne welche das Zeugniß unbrauchbar wird, wenn die Antwort des Zeugen und deren Zusammenhang darüber Zweifel lassen, und darüber eine besondere Auskunft nöthig seyn sollte; denn, wenn der Zeuge gegenwärtig war und, dieses oder jenes sey geschehen, besonders im Imperfecto, versichert, z. B. Titius steckte der Julia einen Ring an den Finger, so ist es ohne Zweifel seine Meinung, daß er es selbst gesehen oder gehört habe. Hätte der Richter Fragen dieser Art dem Zeugen nicht vorgelegt, da es doch nöthig war, so würde das die Folge haben, daß der Zeuge auf's Neue vorgeladen werden müßte, um diesen Mängeln abzuhelfen. —

Wiewol nun das Canonische Recht die streitenden Theile von der Gegenwart bei dem Zeugenverhör eben nicht auszuschließen scheint, so liegt doch der Grund der Ausschließung am Ende im Canonischen Recht, als welches dazu wenigstens die Veranlassung gegeben hat oder vielmehr durch jene Zulassung etwas verordnet hat, was mit sonstigen Grundsätzen desselben im Widerspruch steht. Es ist nämlich derselbe, weshalb die Aussage der Zeugen überhaupt als ein Geheimniß be-

handelt wird; weshalb der über die Zeugenaussage verfertigte Notel versiegelt, zur Publication desselben ein besonderer Termin angesetzt, nach Publication desselben kein neuer Beweis über dieselben oder gerade entgegengesetzte Artikel zugelassen wird [6]); weshalb die Partei der Publication des Notels widersprechen muß, wenn sie einen Gegenbeweis zu führen beabsichtigt; weshalb den Zeugen nach beendigtem Verhör Stillschweigen über ihre Aussage aufgelegt wird; weshalb endlich ein Zeuge nicht einmal einen Irrthum berichtigen darf, es müßte denn auf der Stelle geschehen; kurz es ist die Furcht vor einem Gespenst, was das Canonische Recht gesehen hat, die Furcht vor dem Umstimmen, vanus metus subornationis. Freilich mochte wol im Mittelalter eine solche Besorgniß mehr, wie jetzt, begründet seyn, die übrigens durch alle dergleichen Vorsichtsmaßregeln auch nicht entfernt wird.

Von dieser Furcht abgesehen, dürften eben keine nachtheiligen Folgen davon zu besorgen seyn, wenn die streitenden Theile oder wenigstens ihre rechtlichen Beistände bei dem Verhör der Zeugen zugegen sind. Die Besorgniß, es möchte die Gegenwart der Parteien den Zeugen Zwang auflegen, scheint eben nicht sehr gegründet zu seyn. Angenehm mag es manchem Zeugen oder dem Zeugen in manchen Fällen nicht seyn, in Gegenwart der Parteien sein Zeugniß abzulegen; indessen wird er sich dadurch wol nicht abhalten lassen, die Wahrheit zu sagen, indem ja die Furcht vor dem einen durch die gleiche Furcht vor dem andern aufgewogen wird und seine Aussage den Parteien ohnehin kein Geheimniß

---

[6]) Clem. 2. de test.

bleiben kann. Und würde nicht auf der andern Seite die Gegenwart der Partei einen solchen Eindruck auf den Zeugen machen, daß er sich scheuete, von der Wahrheit abzuweichen und daß er dadurch angetrieben würde, sich behutsam auszudrucken, eben um bei der Partei durch die strenge Wahrhaftigkeit seiner Aussage gegen jeden irgend gegründeten Tadel gesichert zu seyn?

Ueberhaupt drückt mehr als ein Mangel unsere Art, die Zeugen zu vernehmen. Ein Geheimniß braucht hier gar nicht beobachtet zu werden. Hingegen sollte billig bei der Untersuchung und namentlich bei dem Beweise alles darauf berechnet seyn, daß die Wahrheit *rein und vollständig* an den Richter gelange, was jetzt zum Theil dem Zufall überlassen bleibt. Alles, was jenes hindern kann, muß entfernt, was es befördern kann, aufgesucht werden. Zu dem Ende müßte den Zeugen Gelegenheit verschafft werden, *sich auf ihre Aussage vorzubereiten*; es muß aber so viel als möglich vermieden werden, *ihnen die Umstände in den Fragen vorzusagen*, und man müßte wenigstens *zuerst den Versuch machen*, ob sie selbige nicht von selbst sagten. Das Verhör selbst bliebe *dem Richter* überlassen. Der Beweisführer begnügte sich, die Zeugen namhaft zu machen, mit Angabe dessen, was sie wüßten oder er durch sie beweisen wolle. Bei dem Verhör suchte der Richter den Zeugen durch allgemeine Fragen zu *veranlassen, seine Wissenschaft selbst anzugeben*; er ließe ihn das Factum im Zusammenhange erzählen, und fügte dann Fragen hinzu, um dasjenige aufzuklären, *worauf es besonders ankommt*, oder was *dunkel geblieben*, oder der Zeuge *nicht genau und umständlich* ge-

nung angegeben; namentlich gehörte dahin auch ratio scientiae, wenn die Aussage des Zeugen in Ansehung deren Zweifel übrig ließe. Bei dem Verhör wären die Parteien zugegen und ihnen und besonders demjenigen, gegen welchen der Beweis geführt wird, stände es frei, nach beendigtem Verhör den Richter auf diesen oder jenen Punkt, welcher übergangen und von Einfluß sey, aufmerksam zu machen und darauf anzutragen, daß auch darüber gefragt würde. Kurz die Parteien fügten, allenfalls in einem besonderen Termine, Fragen hinzu durch den Richter, besonders auch solche, wozu durch die Antworten der Zeugen die Veranlassung gegeben [7]).

Zwar ist es auch nach unserem Prozeß der Richter, der die Zeugen vernimmt, aber er ist in sehr enge Schranken eingezwängt. Er darf den Zeugen hauptsächlich keine andere Fragen vorlegen, als die ihm aufgegeben sind; er darf nach nichts fragen, als was die Parteien gefragt wissen wollen, von denen es jedem überlassen ist, für sich selbst zu sorgen, und deren keiner

[7]) Diejenige Art, Zeugen zu vernehmen, welche die Preußische Gerichtsordnung Tit 10. Abschnitt 4. vorschreibt, scheint weit vorzüglicher zu seyn, wie die unsrige. Sie stimmt fast durchgehends und so sehr mit dem, was im Text als das Verfahren, wie es seyn sollte, bezeichnet ist, überein, daß man fast glauben wird, ich hätte die hierher gehörigen Stellen der Preußischen Gerichtsordnung kurz zuvor gelesen. Ich habe sie aber erst nachgelesen, nachdem ich das, was im Text steht, wörtlich niedergeschrieben hatte, wiewol ich das Abweichende im Allgemeinen zum Theil kannte, obgleich die Preußische Gerichtsordnung in dem Lande, worin ich lebe, zur Zeit nicht eingeführt ist. Ich führe dieß nur an, weil daraus hervor zu gehen scheint, wie sehr diese Vorschriften natürlich sind.

ein Interesse dabei hat, die Wahrheit an den Tag zu bringen, als in so fern sie ihm zum Nutzen gereicht. Kurz, es sind eigentlich die Parteien, welche das Verhör vornehmen, und sie sind doch nicht dabei zugegen. Ihnen ist es dabei erlaubt, nach Umständen zu fragen, die dem Zusammenhange entrissen sind. Dabei geschieht es auch wol, zu ihrem eigenen Nachtheil, daß erhebliche Umstände ausgelassen werden, namentlich durch Schuld der Advocaten, wenn sie nicht die Vorsicht anwenden, die Zeugen zuvor selbst zu vernehmen. Ich selbst habe die Erfahrung gemacht, daß Zeugen über lauter Umstände befragt wurden, die sie nicht wußten; über andere hingegen, worüber sie hätten Auskunft geben können und die von großem Einfluß gewesen seyn würden, waren keine Fragen aufgegeben, so daß sie gleichsam mit ihrer Wissenschaft davon gingen, wie sie gekommen waren.

Dabei bestehen die Fragen aus lauter Suggestionen, welche in jeder Prozeßart die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses schwächen müssen; und wie gefährlich sind dergleichen nicht bei Leuten geringen Standes, welche die nicht oder nur halb verstandene Frage, oder weil sie sich gerade auf nichts Besseres zu besinnen wissen, bejahen, während sie von selbst ganz anders ausgesagt haben würden. Ich frage jeden Richter, wenn eine solche Frage mit einem bloßen Ja beantwortet wird, ob er wol selbst an die Wahrheit der Aussage glaubt. —

Sollen aber die Zeugen über dergleichen närrische Fragen vernommen werden, warum theilt man sie ihnen nicht wenigstens vor dem Verhör mit? Danz antwortet, sie bedürfen keiner Vorbereitung, um die

Wahrheit zu sagen. Diese Antwort mag recht gut seyn, wenn vom Verhör eines verstockten Inquisiten die Rede ist; auf das Verhör von Zeugen scheint sie mir nicht sonderlich zu passen. Bei diesen ist es zwar nicht immer nothwendig, aber doch in vielen Fällen nützlich, wenn sie vorher die Umstände wissen, worüber ihr Zeugniß eigentlich verlangt wird. Mancher würde ein besseres Zeugniß ablegen, wenn er sich auf seine Antworten hätte gehörig vorbereiten können. Man kann durch stilles Nachdenken und mancherlei kleine Hülfs- und Hausmittel sich Umstände in das Gedächtniß zurückrufen, die einem entfallen sind. Das Gedächtniß hat auch seine Launen und ist nicht immer gleich lebendig, sondern bei manchen hängt dabei viel von der jedesmaligen Stimmung der Nerven und überhaupt vom Befinden ab. Z. B. wird jeder die Erfahrung machen, daß er sich bisweilen mit aller Anstrengung nicht auf Namen besinnen kann, die ihm zur anderen Zeit von selbst beifallen [8]).

Bei der jetzigen Art, die Zeugen zu vernehmen, mag Hommel so unrecht nicht haben, wenn er bemerkt: *Omnes fere testes mentiuntur.*

---

[8]) Ganz musterhaft scheint auch hier, was die Preußische Gerichtsordnung Tit. 10. Abschnitt 4. §. 171. verordnet. In der Citation, heißt es daselbst, wird den Zeugen der Name der Partei und die Thatsache, worüber sie vernommen werden sollen, im Allgemeinen bekannt gemacht. — Nur in besonderen Fällen, vornehmlich wenn die Sache in entfernte Zeiten zurückgeht, können den Zeugen auch die bestimmteren Umstände, worüber sie aussagen sollen, jedoch mit vorzüglicher Vorsicht und Behutsamkeit, eröffnet werden.

VIII.

Von öffentlichen Urkunden.

(Geschrieben im Dezember 1822.; von neuem durchgesehen im Februar 1826.)

Inhalts-Verzeichniß.

§. 1.

Vorläufige Bemerkungen.

Urkunden sind Schriften, welche darüber Auskunft (echte Kunde) geben, daß etwas geschehen sey. Vorzugsweise verdienen diejenigen den Namen, welche gerade in der Absicht verfertigt sind, um das Andenken an etwas Geschehenes aufrecht zu erhalten, z. B. über errichtete Verträge und deren Inhalt, über ein Zeugniß und dessen Inhalt u. s. w. [1]). Indessen können auch alle übrige Schriften, auch solche, wodurch man seinen Willen, oder seine Gedanken kund gibt, z. B. Testamente, Briefe, in so fern sie doch auch immer Auskunft geben, daß etwas geschehen sey, nämlich, daß man dieses oder jenes gewollt, gedacht, im Sinne gehabt, eingestanden habe — zum Beweise gebraucht werden. Nur werden Schriften, die mit Absicht zum Andenken und in Hinsicht auf künftigen Beweis niedergeschrieben sind, zum Beweise gewöhnlich am tauglichsten seyn; doch kann der Mangel derselben wieder durch die Stellung

[1]) Fiunt enim de his scripturae, ut, quod actum est, per eas facile probari possit. *L. 4. D. de fide instrum.*

des Schreibenden, oder die Art der Schrift, bedecket werden [2]).

Urkunden haben große Aehnlichkeit mit Zeugen; während wir den Zeugen reden hören, sehen wir sie zeugen — und, was der Zeuge bezeugt, wird, durch die Schrift stehend gemacht, wieder zur Urkunde. — Beide, die Urkunden, wie die Zeugen, haben es mit geschehenen Dingen zu thun; beide geben Kunde und beide geben sie Zeugniß; beide sind die einzigen echten Beweismittel; denn die Eideszuschiebung, welche dafür gilt, ist im Grunde keins, und hat nur, oder kann vielmehr in ihren Folgen haben, die Kraft oder Wirkung des Beweises [3]). Beide umfaßt die Römische Rechtssprache durch den Ausdruck *Instrumentum* [4]). An

[2]) Auch leblose Sachen anderer Art, wodurch das Andenken an eine gewisse Begebenheit aufrecht erhalten werden soll, Denkmäler, Steine, denen etwas eingegraben, Tafeln, Kerbhölzer u. s. w., sind den Urkunden an die Seite zu setzen. Auch Bücher, Zeitungsblätter u. s. w.

[3]) Nur vim probationis legt *Donellus* der Eideszuschiebung bei. (Comm. jur. civ. ad tit. D. de test. 19. nr. 40.) Ueberhaupt lehrten schon die Alten, der Eid sey kein Beweis, sondern ein Mittel, sich vom Beweise frei zu machen. *Wesembeck* consil. 36. Und darin hatten sie vollkommen Recht. Ja, sie gingen wol gar so weit, zu behaupten, wenn der Richter auf Beweis erkannt habe, finde Eideszuschiebung nicht mehr Statt; unter dem Beweise sey Eideszuschiebung nicht mit zu verstehen. Diese Sätze sucht Mevius (P. 3. dec. 6.) zu widerlegen. Man sieht indessen, daß es nicht so ganz ohne Nutzen ist, wenn nach dem alten Urtheilsstyl, wie ihn die Spruchkollegien noch zum Theil beibehalten haben, dem Beweisführer im Interlocut die Eideszuschiebung ausdrücklich vorbehalten wird; man sieht auch, woher diese Form wol entstanden seyn mag.

[4]) L. L. 1. D. et C. de fide instrum. — C. 4. X. de test. cog.

An Beweiskraft stehen sie im Allgemeinen einander gleich [5]).

Nach diesen vorläufigen Bemerkungen, die ich dem Leser, wenn auch nicht so ganz, in den Kauf gebe, komme ich nun auf die öffentlichen Urkunden, wovon ich, laut der Ueberschrift, nur allein zu reden versprochen habe.

§. 4.
Begriff der öffentlichen Urkunden.

Bei öffentlichen Urkunden kann man zuvörderst mit Crell [6]) unterscheiden zwischen solchen, die es in Hinsicht auf den Inhalt, und andern, die es in Hinsicht auf die Form sind. Zu den erstern rechnet er z. B. Friedensschlüsse. Auch die Urkunden, welche die Verfassung des Staats betreffen, gehören in diese Klasse.

Was aber die öffentlichen Urkunden betrifft, welche es in Hinsicht auf die Form sind, so haben unsere Rechtsgelehrten diese gewöhnlich im Sinne, wenn sie von öffentlichen Urkunden reden; erklären sie aber nicht alle auf dieselbe Weise. Unrichtig scheint mir z. B. die Definition zu seyn, welche Hellfeld gibt [7]), welcher schreibt: Dividuntur instrumenta in publica et privata. Publica sunt, de quorum veritate ex fide constat publica. Privata vocantur, quae, a privatis conscripta, fide haud innituntur publica. Faciunt autem publicam fidem personae ab imperante publica auctoritate constitutae, ut ea, quae vi officii, quod jurarunt, ab iis

---

[5]) L. 15. C. de fide instrum.

[6]) Diss. de fide instrum. imprimis publicorum §. 5. (Ejus diss. et programm. fasc. 1. nr. 33.)

[7]) Jurispr. for. §. 1158.

gesta aut scripta sunt, vera esse praesumantur. Darnach würde der Unterschied darin bestehen, daß bei jenen die Echtheit auf öffentlichem Glauben beruht, welchen der öffentliche Beamte hervorbringt, da er ihn vielmehr selbst nur erborgen muß; — bei diesen nicht. Allein Echtheit wird bei allen Urkunden vorausgesetzt; sie muß bei Privat-Urkunden eben so stark vorhanden seyn, wie bei öffentlichen, sonst kommen sie gar nicht in Betrachtung. Wahrscheinlich soll aber unter *veritas* hier nicht verstanden werden, was sonst bei Urkunden darunter verstanden wird, sondern es wird die Richtigkeit des Inhalts damit gemeint. Aber auch so verstanden, würde diese Erklärung vielmehr die Kraft, als das Wesen, der Sache ausdrucken. Man erfährt dadurch, was öffentliche Urkunden wirken, nämlich vollen Beweis; nicht was sie an sich selbst sind.

Andere erklären öffentliche Urkunden für solche, die mit öffentlicher Autorität versehen — unter öffentlicher Autorität verfertigt — von einer *persona publica*, vermöge ihres Amts, verfaßt sind [8]).

§. 3.

Unterscheidung zwischen Staatsschriften und Zeugnissen öffentlicher Beamten.

Wie es mir scheint, wird man sich in dieser Lehre nicht zurecht finden, wenn man nicht zuvörderst zweierlei

---

[8]) *Huber* Prael. ad tit. Dig. de fide instrum. §. 2. *Crell* de fide instrum. §. 5. *Struv.* syntagma lib. 22. tit. 4. §. 22. *J. H. Boehmer* jus eccl. Prot. lib. 2. Tit. 22. §. 2. *Voet* ad tit. Dig. de fide instr. §. 2. et 3. *G. L. Boehmer* Princ. jur. can. §. 801.

Schriften unterscheidet. Erstens Schriften, die vom Staat, unmittelbar oder mittelbar, ausgehen, wodurch die Staatsgewalt im Ganzen ihren Willen oder ihre Meinung offenbart, oder wodurch einzelne untergeordnete Staatsgewalten, oder einzelne Staatsbehörden, dasselbe thun. Zweitens Schriften, worin öffentliche Beamte, die vom Staat dazu beauftragt sind, das, was vor ihnen oder durch sie geschehen, zum Andenken oder zur Nachricht niederschreiben.

Jene rühren vom Staat her und können nur eigentlich öffentliche oder Staatsschriften genannt werden; sie sind zwar keine Urkunden in dem angegebenen vorzüglichen Sinne, aber doch Urkunden, und können bei Gericht als solche und als Beweismittel vorkommen. In diese Klasse gehören selbst die Urtheile, Bescheide, Ladungen, Verordnungen der Gerichte.

Diese rühren her von öffentlichen Beamten; sie sind von öffentlichen Beamten, vermöge Auftrags des Staats, aber nicht im Namen desselben, verfertigt. Der Beamte bezeugt das Geschehene, und etwas bezeugen kann man nur in seinem eigenen Namen. Der Auftrag des Staats geht bloß auf die Verwaltung des Amts, welches darin besteht, oder womit die Macht verbunden ist, das Geschehene niederzuschreiben. Sie sind vermöge Auftrags des Staats geschrieben, aber der Inhalt rührt von dem Beamten her. Sie sind Urkunden im vorzüglichen Sinne, aber keine öffentliche. Da aber die Rechtsgelehrten sie einmal so genannt haben, so muß es schon dabei bleiben.

§. 4.

Jus actorum et fidei publicae.

Ich rede nun zuvörderst von den öffentlichen Urkunden im gewöhnlichen Verstande, die man besser **Zeugnisse öffentlicher Beamten** nennen könnte; mit diesen Urkunden habe ich es häuptsächlich zu thun; auch bieten sie für die Betrachtung den meisten Stoff dar. Auf diese bezieht es sich, wenn die Rechtsgelehrten von einem *jus actorum et fidei publicae* reden, wovon sie lehren, dem öffentlichen Beamten müsse dieses Recht durch die Staatsgewalt besonders beigelegt seyn, wenn seine Aufzeichnungen Glauben haben sollen [9]).

---

[9]) So bemerkt **Woltär** in den Rechtssprüchen der Halleschen Juristen-Facultät, 4. Bd. S. 30. folg., Folgendes: „dem Staate und seinen Mitgliedern ist nur zu oft gar sehr daran gelegen, daß darüber, daß ein Vorgang wirklich geschehen, und über die Art, wie er wirklich ward, zumal, wenn er die Quelle bürgerlicher Rechte und Verbindlichkeiten seyn soll, vollständige Gewißheit vorhanden ist. Die nähere Bestimmung der Art und Weise, wie die rechtlichen Geschäfte zu beglaubigen, haben daher längst, sowohl einheimische als aufgenommene, Gesetze zu ihrem Gegenstande gemacht. Längst haben die Gesetzgeber die Beglaubigung der rechtlichen Geschäfte auf mancherlei Weise zu sichern gesucht. Sie haben zu dem Ende gewissen Personen und ihren Zeugnissen eine größere Glaubwürdigkeit und verstärkte Beweiskraft beigelegt, und sie dadurch vor andern glaubwürdigen Menschen, obgleich von unbescholtener Wahrhaftigkeit, ausgezeichnet und über sie erhoben. Sie haben diese erhöhete Glaubwürdigkeit und verstärkte Beweiskraft der Zeugnisse solcher ausgezeichneten Staatsmitglieder, unter der Benennung eines vorzüglichen Beglaubigungs-Rechts und fidei publicae, zu einem besondern und vorzüglichen Rechte erkläret. Auf solche Weise hat die bürgerliche Gesetzgebung es möglich gemacht,

Was hieran Wahres sey und was es mit jenem Recht eigentlich für eine Bewandtniß habe, wird am besten erkannt werden, wenn wir das jus actorum et fidei publicae in seine Theile auflösen. Im Grunde wäre ja darin ein doppeltes Recht enthalten. Erstens ein *jus actorum* oder ein *jus acta conficiendi*,

---

daß das Beglaubigungs-Recht in civilisirten Staaten eine Befugniß ist, die ein Staatsmitglied nur von der höchsten Staatsgewalt erlangen kann. Wer damit begnadigt ist, wird dadurch befugt, zu verlangen, daß, wenn er von diesem seinem Rechte den gebührenden Gebrauch macht, der Richter und die streitenden Parteien seinem Zeugnisse ohne besondere Eidesleistung den vollständigsten Glauben beimessen müssen. Dieß macht das Wesen des juris actorum publicorum, probationum publicarum, und des Unterschiedes der letztern von den probationibus privatis aus. Ist aber gleich dieses öffentliche Beglaubigungs-Recht ein Befugniß, das ein Unterthan nur durch Vergünstigung des Regenten erlangen kann; so ist es doch nicht nothwendig, daß der Regent den damit begnadigten zu einem Staatsbedienten erkläre; und die Ausübung des dem Begnadigten beigelegten Beglaubigungsrechts für sein Amtsgeschäft erkläre; obgleich dieses geschehen kann. Eben so wenig kann es auffallend seyn, daß das Beglaubigungs-Recht einem Staatsbedienten als eine Neben-Amtsbeschäftigung von dem Regenten beigelegt, und dem Begnadigten, er sey nun ein öffentlicher Staatsbeamter, oder nicht, darüber besondere gesetzliche Vorschriften und Amts-Instructionen ertheilet werden, die bei der Ausübung des Beglaubigungsrechts befolget werden sollen." Grolmann (Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 89.) nimmt dieses sogar in den Begriff auf. „Bei allen öffentlichen Urkunden, d. h. bei solchen, welche von Jemand ausgestellt sind, der dazu autorisirt ist, den von ihm, oder in seinem Beiseyn, vollzogenen Schriften öffentlichen Glauben beizulegen, bedarf es des Beweises der Authenticität nicht, wenn ihnen nämlich nicht die gewöhnliche Form der öffentlichen Urkunden abgeht."

d. h. ein Recht des Beamten, das in seiner Amtssphäre geschehene zum Andenken niederzuschreiben; und zweitens das jus fidei publicae, d. h, das Recht, fordern zu können, daß dergleichen Aufzeichnungen des Beamten, oder mit andern Worten seinem Zeugniß, Glauben zugestellt werde.

Was das *jus actorum* betrifft, so finden wir schon im Römischen Recht Spuren davon. Wir finden, wie ein jus acta conficiendi, als ein eigenes Recht, den Obrigkeiten in den Municipal-Städten ausdrücklich beigelegt worden [10]). Wirklich kann ein solches Recht am Ende nur von der Staatsgewalt und aus einer Verleihung, oder, bei Einzelnen, einem Auftrage derselben abgeleitet werden. Indessen wird es wol eben keiner ausdrücklichen Verleihung oder Beilegung eines solchen Rechts bedürfen.

Es kann seyn, daß dem Beamten dieses Recht ausdrücklich beigelegt ist durch Gesetz, oder Gewohnheit, oder seine Amts-Instruction; ja es kann seyn, daß Jemandes Amt bloß oder hauptsächlich darin besteht, etwas zur Nachricht oder zum Beweise niederzuschreiben, daß er gerade zur Verfertigung von Urkunden angestellt ist, wie bei Notarien und Gerichtsschreibern der

---

[10]) *L. ult. C. de magistrat. municip.* Magistratus conficiendorum actorum habeant potestatem. Auch findet sich von demjenigen, welcher die Jurisdiction zu Alexandrien zu verwalten hatte (dem juridicus Alexandriae, nach Cujacius Meinung, einer Art von Kundschafter, ausgesandt, den Statthalter von Aegypten zu beobachten), bemerkt, daß er das jus actorum conficiendorum habe, in der L. un. C. de officio jur. Alex., worin ihm das Recht beigelegt wird, daß Schenkungen bei ihm insinuirt werden können.

Fall ist; es kann aber auch schon die Natur des Amts dieses mit sich bringen.

Wenn der Staat Jemanden ein Amt zur Verwaltung aufträgt, so ist ihm auch daran gelegen, daß dasjenige, was innerhalb der Sphäre dieses Amts liegt, und durch den Beamten oder von ihm geschehen ist, in so fern es merkwürdig und auf Rechtsverhältnisse von Einfluß ist, durch die Schrift erhalten und aufbewahrt werde. Kurz, es wird so leicht kein Amt vorkommen, was den Beamten nicht zur Aufzeichnung des Geschehenen verpflichtete, es müßte denn ein bloßes Lehramt seyn, oder in bloßen leiblichen Bewegungen bestehen, und selbst bei diesen kann doch nebenher etwas aufzuzeichnen vorkommen. So ist z. B. ein beim Gericht angestellter Diener verpflichtet, über die Ausrichtung der Befehle des Gerichts, und die Art, wie sie bewerkstelligt ist, zu den Acten Bericht abzustatten [11]).

Was nun das zweite Recht, oder das *jus fidei publicae*, betrifft — nur uneigentlich kann es so genannt werden — so ließe sich ein solches Recht, oder vielmehr eine solche den Aufzeichnungen öffentlicher Beamten beigelegte Glaubwürdigkeit, aus den Gesetzstellen herleiten, welche dasjenige, was öffentliche Beamte von Amts wegen aufgezeichnet haben, für glaubwürdig erklären [12]). Allein es bedarf einer solchen Herleitung nicht; denn die Quelle davon liegt tiefer, und jene Gesetze haben selbst nur aus ihr geschöpft, wenn auch, ohne es zu wissen.

---

[11]) *Mevius* P. 4. dec. 294.

[12]) Z. B. L. 10. D. de probation. cap. 13. X. de praescript.

§. 5.

Grund der Glaubwürdigkeit der Zeugnisse öffentlicher Beamten.

Sobald Jemand von Amts wegen den Beruf hat, gewisse Ereignisse zum Andenken niederzuschreiben, bringt es schon die Natur der Sache mit sich, daß seiner Aussage getraut werden müsse. Das in den Beamten gesetzte öffentliche Vertrauen treuer Amtsverwaltung begründet auch das Vertrauen in die Wahrheit seiner Aufzeichnungen über Sachen, die in sein Amt einschlagen, als welche zur treuen Verwaltung seines Amtes mit gehört. Indem der Staat ihm das Amt anvertraute, eben dadurch hat er ihn des öffentlichen Vertrauens für würdig erklärt, namentlich in Ansehung seiner Wahrhaftigkeit in Aufzeichnung dessen, was er von Amts wegen aufzuzeichnen den Beruf hat.

Daß der Beamte dem Staat geschworen haben müsse, scheint nicht schlechterdings erforderlich zu seyn. Vielmehr, wenn der Staat Jemanden ein Amt anvertrauen wollte, ohne daß er geschworen hätte — er pflegt es nicht zu thun — und der Beamte hätte, vermöge dieses Amts, den Beruf, Geschehenes aufzuzeichnen, so glaube ich nicht, daß man diesen Aufzeichnungen, des fehlenden Eides wegen, die Glaubwürdigkeit absprechen könnte. Die Regel, die vom Zeugen gilt: *testi injurato non creditur*, kann man hier nicht anwenden; sonst müßte auch die zweite Regel: unus testis, nullus testis, hier Anwendung finden. In Hinsicht auf die (persönliche) Glaubwürdigkeit kann man den öffentlichen Beamten mit einem gemeinen Zeugen nicht in Vergleichung stellen. Und wenn der Beamte

auch in Eidespflicht genommen ist, wie man spricht, wenn er auch treue Verwaltung seines Amtes eidlich versprochen hat, wird es wenigstens nicht nöthig seyn, daß er namentlich auf die Richtigkeit dessen, was er als Beamter niederschreiben wird, mit beeidigt sey, da jenes Versprechen dieses schon in sich schließt; wiewohl, wenn es geschehen, dieser Umstand wenigstens dazu gut ist, daß man auf die Berechtigung zu Aufzeichnungen und einem glaubwürdigen Zeugniß daraus schließen kann.

Es scheint selbst nicht einmal nothwendig zu seyn, daß der Beamte ein besonderes einfaches Versprechen, sein Amt getreu zu erfüllen, abgelegt habe; das Vertrauen des Staats ist schon durch die bloße Uebertragung des Amts hinlänglich erklärt.

Zwar, nach einer Stelle des Canonischen Rechts — c. 13. X. de praescript. — würde der Grund der Glaubwürdigkeit amtlicher Zeugnisse darauf beruhen, daß der Beamte eidlich versprochen hat, sein Amt getreulich zu verwalten. Allein, daß dieß der wahre Grund nicht seyn könne, sondern nur allenfalls ein Nebengrund, scheint daraus klar hervorzugehen, daß sonst das Zeugniß eines jeden gemeinen beeidigten Zeugen denselben vollen Glauben finden müßte.

Der wahre Grund ist doch das in den Beamten von Seiten des Staats gesetzte Vertrauen. Das Vertrauen des Staats kann zwar verstärkt werden durch das ausdrückliche Versprechen des Beamten und die durch den Eid geleistete Sicherheit für die Erfüllung desselben; aber bedingt wird es dadurch nicht; es kann auch außerdem vorhanden seyn, und ist auch bei bloßer Amts-Uebertragung als vorhanden anzunehmen; kurz,

es kommt nicht auf die Quelle des Vertrauens, sondern auf das Vertrauen selber, an.

Aber nicht bloß durch Versprechen und Eid wird jenes Vertrauen verstärkt; verstärkt auch wird es durch die Furcht vor der Strafe, besonders aber durch das Gefühl seiner Stellung und durch die Rücksicht auf das in ihn gesetzte Vertrauen.

Hingegen kann es auch in einzelnen Fällen geschwächt werden durch die Verhältnisse des öffentlichen Beamten und durch den Streit, worein seine Wahrhaftigkeit mit seinem eigenen Vortheil geräth. Es fragt sich dabei, ob man das Vertrauen als entzogen ansehen könne, wenn dergleichen Verhältnisse vorhanden sind, oder, ob es dazu nicht vielmehr besonderer Gesetze bedürfe, die dieß aussprechen. Durch die Anstellung ist der Beamte zu allen Handlungen, die in der Sphäre seines Amts liegen, beauftragt, so weit sie nicht besonders ausgenommen sind. Es ist daher die Sache des Staats, wenn er dem Beamten für einzelne Fälle nicht traut, dieß durch allgemeine Gesetze und im voraus, oder allenfalls auch durch besondere, zu erklären. Daher scheint es mir, die aufgeworfene Frage müsse zum Vortheil des Beamten beantwortet werden.

§. 6.
Von den Bedingungen der Glaubwürdigkeit öffentlicher Urkunden.

Damit den Aufzeichnungen öffentlicher Beamten Glauben zugestellt werden könne, wird es zuvörderst nöthig seyn, daß sie sich mit ihren Aufzeichnungen auf dasjenige beschränken, was innerhalb der Sphäre ihres

Amtes liegt und sie aufzuzeichnen von Amts wegen den Beruf haben — denn nur so weit reicht ihr Auftrag und das in sie gesetzte Vertrauen.— Zweitens, daß sie das Geschehene auf der Stelle niedergeschrieben haben und aus diesen Aufzeichnungen, nicht aber aus bloßer Erinnerung, zeugen — besonders, daß sie entweder eigene Amtshandlungen, oder das, was von andern geschehen ist, oder sich mit andern zugetragen hat, aus eigener Erfahrung, nicht aber aus den Berichten dritter Personen, mithin nicht bloß de auditu, bezeugen. Ueberhaupt dürften die Regeln, die vom Zeugenbeweise gelten, so weit es den Inhalt des Zeugnisses betrifft, auch hier anzuwenden seyn. Ein öffentlicher Beamter, der Geschehenes niederschreibt, ist doch am Ende auch ein Zeuge, wenn gleich kein gewöhnlicher.

Die angeführten Bedingungen liegen übrigens so sehr in der Natur der Sache, daß es nicht nöthig seyn wird, einen besondern Beweis darüber zu führen.

§. 7.

Von der Beweiskraft der öffentlichen Urkunden.

Bei öffentlichen Urkunden kommt es, wie bei Privat-Urkunden, zuvörderst darauf an, daß sie echt, also wirklich sind, wofür sie ausgegeben werden. Bei Privat-Urkunden wird bekanntlich die Echtheit erforscht durch Vergleichung der Handschriften, durch Zeugen, die bei der Verfertigung zugegen waren; zuvörderst kommt es darauf an, daß der Gegner sich über die Echtheit erkläre; die Anerkennung von Seiten unseres Gegners überhebt uns der Last, die Echtheit zu beweisen, gerade wie das Geständniß vom Beweise befreiet, dem sie zu vergleichen ist. Von einer Anerkennung der Handschrift,

oder eidlichen Ablängnung von Seiten des Produkten, kann hier nicht die Rede seyn, da, wenn wir eine öffentliche Urkunde bei Gericht vorlegen, wir es mit einem Gegner zu thun haben, der die Urkunde nicht ausgestellt hat. Wäre es aber die öffentliche Behörde selbst, von welcher die Urkunde herrührt, so würde diese sich wol allerdings darüber zu erklären haben, ob diese Urkunde von ihr herrühre, oder nicht. In den meisten Fällen haben wir es aber mit Privat-Personen zu thun, wenn wir uns auf öffentliche Urkunden berufen. In solchen Fällen kann der Produkt wenigstens begehren, daß ihm die Urkunde zur Ansicht vorgelegt werde, damit er die Echtheit der Urkunde prüfen und sie bestreiten könne. Auch ist die Vorlegung schon deshalb nöthig, damit er Gelegenheit habe, die Fehler der Urkunde kennen zu lernen, und seine Rechte dagegen wahrzunehmen [13].

Ob eine öffentliche Urkunde echt sey, muß an ihren äußerlichen Merkmahlen erkannt und ihr also angesehen werden. Man erkennt sie an der Hand des öffentlichen Beamten, der sie geschrieben und wenigstens unterschrieben hat, besonders auch an dem Siegel, womit die Behörde, von welcher die Urkunde herrührt, etwa versehen ist [14]. Selbst das bloße öffentliche Siegel, ohne Unterschrift des Actuars, ist hinlänglich,

---

[13]) Gönner (Handbuch des Proz. Bd. 2. S. 371. und 372.) nimmt an, bei öffentlichen Urkunden bedürfe es zwar keines Beweises der Echtheit und keiner Recognition; sie müßten dem Produkten indessen zur Agnition vorgelegt werden, und wenn er die Echtheit bestreite, müsse er den Beweis der Unechtheit übernehmen.

[14]) C. 2. X. de fide instrum.

um die Urkunde für echt zu halten [15]). Es hat gerade die Bestimmung, Urkunden als echt kenntlich zu machen. Indessen kann beides, so Handschrift als Siegel, nachgemacht werden, und wenn erhebliche Zweifel gegen die Echtheit entstehen, so sehe ich nicht, warum hier nicht ein ähnliches Verfahren Statt finden sollte, wie bei Privat-Urkunden, warum z. B. nicht das eine Gericht an das andere schreiben und sich erkundigen könnte, ob wirklich ein solches Protocoll dort gehalten sey, warum nicht der Notarius vor Gericht geladen werden könnte, um sich darüber zu erklären, ob er wirklich ein solches Instrument verfertigt habe. Die Notariats-Ordnung [16]) macht ihm in Fällen, da der von ihm ausgegangenen Zeugnisse halber Verdacht, Irrungen, Zweifel entstehen, zur Pflicht, seine Imbreviatur und Registratur vorzulegen, welches aber wohl auf Zweifel sich bezieht, die den Inhalt angehen, von welchem Fall ich hier nicht rede.

Es kann seyn, daß die öffentliche Urkunde zwar echt ist, daß sie aber Fehler an sich hat, daß darin etwas ausgestrichen, ausgeschabt, übergeschrieben, am Rande geschrieben, von einer andern Hand geschrieben ist u. s. w. Mängel dieser Art heben ihre Glaubwürdigkeit ganz auf, oder schwächen sie wenigstens, oder

---

[15]) *Leyser* spec. 267. med. 2. Das Gegentheil lehrt Anton Faber (Cod. def. for. lib. 4. tit. 14. def. 20.). Ein öffentliches Siegel muß billig, wenn es seinem Zwecke entsprechen soll, solche Merkmale enthalten, welche die Behörde hinlänglich bezeichnen, der es angehört, und wenigstens ihr angemessen sind. Dieß ist es wol, was G. L. Böhmer (Princ. jur. can. §. 803.) unter einem *sigillo congruo* versteht.

[16]) §. 5.

kommen auch gar nicht in Betrachtung. Es kommt dabei alles auf die Umstände, auf die Art des Fehlers, und besonders auf die Stelle an, wo er sich befindet, und es gilt hier ganz dasselbe, was von Privat-Urkunden gilt, weshalb ich mich dabei nicht aufhalten will [17].

§. 8.

Fortsetzung.

In Hinsicht auf die Beweiskraft stellen die Römischen Gesetze die Urkunden überhaupt dem Zeugenbeweise gleich [18]. Welche von beiden in einzelnen Fällen vorzüglicher sind, Urkunden oder Zeugen, wird aus den Umständen zu beurtheilen seyn.

Was insbesondere öffentliche Urkunden betrifft, womit wir es hier zu thun haben, so haben sie nicht nur volle Beweiskraft [19], sondern die Römischen Gesetze räumen ihnen auch noch den Vorzug ein vor dem Zeugenbeweise [20]. Dieser Vorzug kann nur durch die Natur öffentlicher Urkunden gegeben seyn, sonst müßte er den Urkunden überhaupt beigelegt seyn.

Die erste Klasse öffentlicher Urkunden, die ich oben Staatsschriften genannt habe, enthalten keine Aussage

---

[17]) *Leyser* spec. 245. med. 4.

[18]) *L.* 15. *C. de fide instrum.* In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium.

[19]) Cap. 2. X. de fide instrum.

[20]) *L.* 10. *D. de probat.* Census et monumenta publica potiora testibus esse, Senatus censuit. Diese Stelle besagt nichts weiter, als daß öffentliche Urkunden noch ein besseres Beweismittel sind, als Zeugen; nicht aber scheint darin zu liegen, daß nicht durch Zeugen die Unwahrheit des Inhalts öffentlicher Urkunden bewiesen werden könne, wiewohl manche dieß annehmen.

über vergangene Dinge, und werden nicht gerade des Beweises wegen niedergeschrieben, sind also keine Urkunden in sensu eminentiori. Wenn sie bei Gericht als Urkunden vorgelegt werden, wird es an ihrem bloßen Vorhandenseyn genug seyn. Vorausgesetzt, daß sie in der vorgeschriebenen Form ausgefertigt und echt sind und an ihren äußerlichen Merkmalen als echt erkannt werden, wird dadurch so viel bewiesen, daß der Fürst, oder die untergeordnete Staatsbehörde, eine Verfügung dieser Art erlassen, das Gericht einen Bescheid, ein Urtheil, eine Verordnung dieses Inhalts u. s. w. gegeben habe. Indessen können darin nebenher Bemerkungen über Geschehenes vorkommen, die der Glaubwürdigkeit nicht ermangeln, z. B. wenn in einem gerichtlichen Bescheide die Uebergabe und das Datum einer Schrift bemerkt ist.

Bei der zweiten Klasse, nämlich bei den von den Rechtsgelehrten so genannten öffentlichen Urkunden, also bei den Zeugnissen der öffentlichen Beamten, kommt es an auf die Wahrheit des Inhalts und der Thatsachen, und was die Urkunde über die letzteren aussagt, an der Richtigkeit dessen wird im Allgemeinen nicht gezweifelt werden können. Der Staat, welcher dem Beamten das Amt anvertrauet, trauet ihm auch den Willen zu, es treu zu verwalten, und kann, was dieser als öffentlicher Beamter ex officio niedergeschrieben, dem Mißtrauen nicht Preis geben, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen. Vielmehr eben dadurch, daß er eine Behörde einsetzt, einen Beamten anstellt, und sie und ihn mit der Pflicht und Macht bekleidet, das von Amts wegen geschehene zum Andenken oder zum Beweise

niederzuschreiben; eben dadurch erklärt er, daß seinen Aufzeichnungen Glauben zugestellt werden soll.

Die Rechtsgelehrten pflegen sich über den Grund der Glaubwürdigkeit öffentlicher Urkunden etwas anders auszudrucken. Nach ihnen streitet die Vermuthung für die Wahrheit dessen, was unter öffentlicher Autorität niedergeschrieben ist [21]).

§. 9.

Fortsetzung.

Man kann einer Urkunde die Beweiskraft im Allgemeinen zugestehen, und dennoch läugnen, daß gerade das=

[21]) *Reinharth* observat. ad Christinaei decis. vol. 3. obs. 6. *G. L. Boehmer* Princ. jur. can. §. 801. Beweise aus Gesetzen finde ich dafür nicht beigebracht; ohne Zweifel schreibt sich das ganze Dogma aus dem Canonischen Recht her. Was den Richter betrifft, äußern die Canonischen Gesetze an mehreren Stellen, wie für den Richter die Vermuthung streite. Indessen scheint es sich mit dieser Vermuthung nur auf die Redlichkeit desselben im Urtheilen und die Rechtmäßigkeit seines Verfahrens, nicht aber auf die Wahrhaftigkeit seines Zeugnisses, zu beziehen. Cap. 16. X. de sent. et re jud. cap. 6. X. de renunc. cap. 23. X. de elect. Mehr scheint hierher zu gehören *cap.* 13. *X. de praescr.* „nec credentes ipsum scrinarium, cum juratus sit, officium suum fideliter exsequi, aliud scripsisse, quam a testibus diceretur." Was denn doch nichts weiter sagt, als sein eidliches Versprechen erwecket das Vertrauen in seine Wahrhaftigkeit. Hingegen würde eine Stelle im c. 10. X. de fide instrum. satis est etenim etc. hierher gehören, wonach vom Tabellio zu vermuthen, daß er sein Amt treu verwalten werde, weil er es thun zu wollen geschworen hat und seine Glaubwürdigkeit der Glaubwürdigkeit zweier Zeugen gleichgestellt wird; allein diese Stelle ist von Raymund weggelassen und nur von Contius wieder hergestellt und eingeschoben.

dasjenige dadurch bewiesen werde, was dadurch bewiesen werden soll. Dieß wird denn auch auf öffentliche Urkunden anwendbar seyn. Es wird auch hier in einzelnen Fällen auf den Inhalt und die Quelle des Wissens ankommen, ob nämlich die Behörde eine eigene Handlung niederschrieb, oder eine fremde aus eigener Erfahrung als geschehen bezeugt — oder ob bloß von Aussagen dritter Personen über Geschehenes die Rede ist.

§. 10.
Vom Gegenbeweise.

Bei der ersten Klasse öffentlicher Urkunden kann gar von keinem Gegenbeweise die Rede seyn, es sey denn in Ansehung der Anführungen, die darin nebenher über Thatsachen vorkommen. Vorausgesetzt, daß sie echt sind, ist es an ihrem bloßen Vorhandenseyn genug; denn eben dadurch beweisen sie.

Anders verhält es sich mit der zweiten Klasse, oder den Zeugnissen öffentlicher Beamten.

Zwar wenn die Beweiskraft dieser Urkunden auf dem Ansehen des Staats beruhte, und der Beamte könnte sich auf den Staat, als seinen Autor, berufen, so wären alle Zweifel auf einmal abgewiesen, so wäre keine Staatsbehörde berechtigt, ja keine dürfte sich heraus nehmen, an der Wahrheit des Inhalts zu zweifeln. Aber die Beweiskraft dieser öffentlichen Urkunden beruht nicht darauf, daß sie unter öffentlicher Autorität verfertigt sind, obwohl die Rechtsgelehrten es zu glauben scheinen [22], sondern auf der persönlichen Glaubwürdigkeit

---

[22]) S. *G. L. Boehmer* Princ. | jur. can. §. 801.

des öffentlichen Beamten. Der Staat, welcher den öffentlichen Beamten einsetzt, muß sich immer den Fall als möglich denken, daß er das Zutrauen nicht verdient, welches er in ihn gesetzt hat, oder daß er in seinen Wahrnehmungen getäuscht ward. In dieser Hinsicht steht er dem Staate gegenüber, welcher eine Prüfung der Wahrheit seines Zeugnisses durch eine andere Behörde zuläßt.

Wie groß also auch die Glaubwürdigkeit des öffentlichen Beamten und die Beweiskraft seines Zeugnisses seyn mag, so ist damit nicht gesagt, daß nicht ein Beweis des Gegentheils zulässig seyn sollte. Die Gesetze verwerfen ihn so wenig, daß sie ihn vielmehr ausdrücklich zulassen [23]).

Nur wenn solche Behörden, welche zur Einnahme und Berechnung öffentlicher Gefälle bestellt sind, Scheine ausstellen, worin sie dergleichen von dem Einzelnen empfangen zu haben bekennen, ist der Beweis des Gegentheils ihnen nicht einmal erlaubt, und dieß ein be-

---

[23]) Cap. 10. X. de fide instrum. *Reinharth* l. c. *G. L. Boehmer* Princ. jur. can. §. 801. Nach Römischem Recht zweifeln manche hieran, und beziehen sich deshalb auf L. 10. D. de probat. Ueber diese Stelle habe ich mich schon oben in der Note 20. erklärt. Man beruft sich ferner auf *L.* 31. *C. de donat.* In donationibus, quae actis insinuantur, non esse necessarium judicamus, vicinos vel alios testes adhibere. *Nam superfluum est privatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant etc.* Daß diese Stelle nichts beweiset, ist kaum nöthig zu sagen. Indessen bezieht sich Wissenbach zur Widerlegung auf eine Stelle in des Paulus *rec. sent. lib.* 5. *tit.* 15. §. 4. *Testes cum de fide tabularum nihil dicitur*, adversus scripturam interrogari non possunt. S. *Wissenbach* ad l. 15. C. de fide instrum. Die Stelle scheint nicht hierher zu gehören.

sonderes Beneficium für die Contribuenten. Da man doch sonst eine Quittung binnen 30 Tagen zurück fordern und sich der exceptio non numeratae pecuniae dagegen bedienen kann, findet dieser Einwand hier gar nicht Statt [24].

§. 11.

Verschiedenheit von Privat-Urkunden.

Darin unterscheiden sich öffentliche von Privat-Urkunden, daß diese nur gegen den Aussteller beweisen, und zwar in so fern sie ein Bekenntniß übernommener Verbindlichkeiten enthalten, während sie gegen einen Dritten als unbeeidigte Zeugnisse zu betrachten und von keinem Werth sind. Oeffentliche Urkunden hingegen äußern ihre Beweiskraft gegen einen Jeden. Indessen die Rechtsgelehrten lehren zum Theil auch von öffentlichen Urkunden das Gegentheil und stellen die Regel auf: öffentliche Urkunden beweisen nicht gegen einen Dritten [25]). Als Grund wird angeführt: res inter alios acta, aliis nec nocet, nec prodest. In Fällen, wo dieser Grund und so weit er gelten kann, lasse ich billig auch den Satz selbst gelten. Wenn also dergleichen Urkunden ein Geständniß übernommener Verbind-

---

[24]) *L. 4. C. de apochis publicis.* Securitatibus, quae publicarum functionum gratia sive in solidum sive ex parte solutae esse conscribuntur, nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi concedimus. Die heutige Anwendbarkeit dieser besonderen Verordnung des Römischen Rechts untersucht und bezweifelt nach anderen v. Quistorp in den rechtlichen Bemerkungen Theil 2. Bem. 17.

[25]) *Fachineus* Controv. lib. 2. cap. 36. *Voet* ad tit. Dig. de fide instrum. § 8 Auch G. L. Böhmer (princ. jur. can.

lichkeiten enthalten, so werden sie gegen einen Dritten nicht beweisen und einem Dritten nicht zu gute kommen. So scheinen jene ihren Satz auch nur verstanden zu haben, denn sie berufen sich auf L. 63. D. de re jud. L. 3. D. de transact. L. ult. D. de interrogat. in jure fac. L. ult. D. de probat. Hingegen, in so fern sie eine Aussage enthalten über das, was vor dem öffentlichen Beamten oder in Gegenwart desselben geschehen ist, leidet es keinen Zweifel, daß sie als ein völlig glaubwürdiges Zeugniß ihre Beweiskraft auch für und gegen einen Dritten äußern, in Ansehung derjenigen Thatsachen, die der Beamte aus eigener Erfahrung bezeugt. Es ist ja eben so gut, als wenn, was hier der Einzelne bezeugt, zwei oder drei beeidigte und völlig glaubwürdige (gemeine) Zeugen übereinstimmend ausgesagt hätten. So würde, wenn Jemand sich in einem gerichtlichen Protocoll oder vor Notar und Zeugen zu gewissen übernommenen Verbindlichkeiten bekannt hätte, das gerichtliche Protocoll oder das Zeugniß des Notars das Geständniß gegen einen Jeden, den Inhalt aber nur gegen den Aussteller beweisen. Und, daß ich es kurz sage, die öffentlichen Urkunden beweisen für und gegen jeden Dritten, in so fern sie öffentliche Urkunden, d. h. von öffentlichen Beamten selbst ausgestellte Zeugnisse sind; nicht aber, in so fern sie die Aussagen von Privatpersonen enthalten.

---

§. 801.) bemerkt: si confectum est (instrumentum publicum) de negotio inter privatos gesto, inter hos plene probat, non vero contra tertium: sin conditum est de negotio, causam et utilitatem publicam concernente, probat contra quoscunque.

§. 12.

Einzelne Arten öffentlicher Urkunden.

Schriften der Fürsten.

Zu den öffentlichen Urkunden gehören erstlich die Schriften der Fürsten oder alles, was derjenige in den Angelegenheiten des Landes schreibt, dem die höchste Gewalt darin zusteht. Neque enim disputatione indiget, schreibt Crell [26]), literis principis fidem esse, a cujus potestate omnis auctoritas judiciaria proficiscitur et sancitur et defenditur. Selbst eine Abweichung von der gewöhnlichen Form nimmt ihnen nicht den Charakter der öffentlichen, sondern kann nur Mißtrauen gegen ihre Echtheit erwecken [27]). Was aber ein Fürst in seinen Privat-Angelegenheiten schreibt, kann auf den Rang einer öffentlichen Urkunde eben so wenig Ansprache machen, als was ein öffentlicher Beamter außerhalb seines Amts schreibt.

Nur der Fürst als solcher kommt hier in Betrachtung und die Schriften, die von ihm ausgehen, werden gewöhnlich zu der ersten Klasse gehören. Es werden

---

26) A. a. O.

27) Crell druckt sich darüber folgendermaßen aus: Ceteroquin literae principis sufficiunt ad fidem faciendam; neque aliquis desideraverit, ut, praeter principem, aliquis consiliariorum aut scribarum, mandatis principis aut instrumentis ab ipso profectis nomen suum adjiciat; nisi haec forma ab ipso principe praescripta. Hoc postremum enim, si lege definitum fuerit, certum est, illud negligi non posse et inferiores habere causam dubitandi, ut haec seria fuerit principis voluntas, in qua declaranda modus, quem ipse praescripsit, fuerit neglectus, quod etiam *Gailius* observavit I. obs. 14. nr. 6. seq.

namentlich sein Antworten auf Bittschriften oder Beschwerden von Privat-Personen, Verordnungen, Gnadenbezeigungen, kurz solche, wodurch er seine Meinung oder seinen Willen zu erkennen gibt.

Hingegen Schriften der zweiten Klasse, wodurch der Fürst, als höchste obrigkeitliche Person, Geschehenes bezeugte, werden nicht leicht vorkommen, nämlich nicht solche, die geradezu hierauf gerichtet und eigens zu diesem Zweck verfertigt wären. Das Testamentum principi oblatum, dessen Bachov gedenkt, kommt bei uns nur in den Lehrbüchern vor und Niemand hat es in der Wirklichkeit gesehen. Auch erscheint der Fürst in dem hierher gehörigen Gesetz der römischen Kaiser Honorius und Theodosius[28]) wol nicht eigentlich als einer, der etwas beglaubigt; sondern diese Form scheint bloß darin zu bestehen, daß ihm das Testament überreicht wird, er um den Inhalt weiß, es angenommen und im Archiv aufbewahrt hat. Es gilt selbst, wenn er das Bittschreiben, womit es ihm überreicht worden, gar nicht beantwortet hat.

Wohl aber können in den Schriften der Fürsten Anführungen über Thatsachen vorkommen, welche Glauben verdienen, in so fern sie eigene Handlungen des Fürsten betreffen, oder solche, von denen er aus eigener Erfahrung unterrichtet ist, z. B. daß er diese oder jene Verfügung erlassen, dieses oder jenes Schreiben in Empfang genommen habe. In Fällen dieser Art legte schon in alter Zeit der heilige Vater zu Rom sich Glaubwürdigkeit bei, und auch weltlichen Fürsten wird sie

---

[28]) L. 19. C. de testam.

ohne Zweifel zukommen [29]). Kurz, was ein Fürst bezeugen kann, an der Wahrheit dessen ist, wenn er es bezeugt, als Fürst bezeugt, nicht zu zweifeln [30]).

---

[29]) Clem. un. de probat.

[30]) Farinacius (de test. qu. 63. nr. 86.) bemerkt: principis assertioni plene credendum, und gibt hiervon folgende Gründe an: *quod princeps credit et nos credere debemus et principis verbum pro lege habendum*: secundo quia statur literis judicis attestantis aliquid de iis, quae pertinent ad officium suum, ergo multo magis standum est dicto principis, cujus auctoritas supereminet omnes: tertio quia princeps praesumitur justitiae plenus et omnia deliberate et prout convenit facere, ideo non est credendum, quod falsum dicat. Man könnte freilich einwenden, es gebe keine Pflicht, zu glauben, d. h. etwas zu thun, was nicht von unserm Willen abhängt: indessen wird der Leser diese Gründe schon selbst zu würdigen wissen. Neben die im Text enthaltene stelle ich die Meinung des Bachov, damit der Leser ihr den Vorzug geben möge, wenn sie ihm etwa besser gefiele. *Bachov.* (ad Treutlerum vol. 2. disp. 5. th. 7. lit. a.) Sane si princeps cum aliquo contraxerit, de facto proprio deponet, quo tamen casu fidem plenam ipsi haberi fuerit absurdum: et ex adverso, si de actu aliquo ab aliis coram se celebrato princeps attestetur, deponet de actu alieno et tamen hic fidem plenam ipsi tribui rationis est. Et ergo ita statuemus, fidem plenam haberi principi, si testetur de re, quam ipse solus faciendi jus habet, cujusmodi generis facta proponuntur a Papa in Clem. un. de probat. 2., si testetur de re, quae coram ipso tanquam magistratu gesta est: quoniam ei non minus, quam judicialibus actis, fidem habendam esse rationis est: ex quo etiam testamentum principi insinuatum plenam fidem mereri sine testibus traditum est in l. omnium C. de testam. Quodsi vero princeps tanquam actor, accusator, vel testis, contra aliquem in judicio consistat, quoniam hac in re non principis, sed privati personam assertio et depositio ejus ad condemnationem non sufficiet et hoc sc. exemplo a *Bodino* lib. 6. de republica c. 6. adducto confirmant.

Ein Gegenbeweis würde selbst hier zulässig seyn. Ueberhaupt läßt jede Aussage über etwas Geschehenes, von wem sie auch herrühren, und wie groß auch das Ansehen dessen sein mag, von dem sie herrührt, die Möglichkeit des Gegentheils, des Irrthums, des Versehens, folglich auch einen Gegenbeweis zu. Es ist zwar nicht glaublich, daß Jemand in solcher Stellung absichtlich Unwahres sagen sollte, aber Versehen sind hier so gut, wie anders wo, möglich.

§. 13.

Andere Arten öffentlicher Urkunden.

Bringt die Verfassung des Landes es mit sich, daß gewisse Gewalten dem Herrscher gegenüber stehen, das Volk vertreten, und an der Verwaltung des Landes Theil nehmen, so werden auch die Schriften, die von ihnen ausgehen, für öffentliche zu halten seyn.

Für öffentliche werden ferner diejenigen zu halten seyn, welche von den kleinen Staaten im Staat, von den Städten, oder deren Magistraten, von den akademischen Senaten und den einzelnen Fakultäten, von sämmtlichen Staatsbehörden ausgehen. Kurz, was öffentliche Beamte vom ersten bis zum letzten, jeder in seiner Sphäre, schreiben und bezeugen, und zu schreiben und zu bezeugen den Beruf haben, das hat öffentlichen Glauben.

§. 14.

Von gerichtlichen Schriften.

Besonders ist hier auch der gerichtlichen Schriften zu erwähnen, die ebenfalls den öffentlichen Urkunden

beizuzählen sind [31]). Es gehören dahin Protocolle, Bescheide, Urtheile.

Um die acta judicii zu schreiben, verordnete schon Papst Innocenz III. im Jahre 1216., jeder Richter solle einen Notarius oder, im Fall dieser nicht zu haben wäre, zwei Zeugen zu Hülfe nehmen, und aus deren Aufzeichnungen solle man nöthigenfalls die Wahrheit schöpfen [32]). Gegenwärtig sind nun bekanntlich bei den Gerichten gewöhnlich schon von Staats wegen Beamte angestellt, denen das Niederschreiben dessen, was im Gericht geschehen, so wie die Ausfertigung der gerichtlichen Verordnungen und Bescheide, überhaupt die gerichtliche Geschichte und die Schriften zu schreiben, oder das Verfertigen der acta judicii übertragen ist — und eben dieß gilt von allen übrigen Staatsbehörden; — und daher spielen die Protocolle der öffentlich angestellten Schreiber unter den öffentlichen Urkunden die Hauptrolle [33]). —

Dadurch ist nun zugleich dem Richter die Macht entzogen, das Geschehene auf glaubhafte Art niederzuschreiben, so weit das Recht dazu innerhalb des dem Actuarius angewiesenen Geschäftskreises liegt.

Indessen kann man doch nicht sagen, daß der Richter selbst der Fähigkeit des Zeugnisses und des öffent-

---

[31]) L. 2. C. de edendo. L. 6. C. de re jud. L. 31. C. de donat.

[32]) Cap. 11. X. de probat.

[33]) Bei den höhern Kollegien sind oftmals mehrere angestellt, welche die Feder schwingen, oder der Schriften warten. Auch bei den Römern gab es ein Heer von scribis, notariis, commentariensibus etc. S. darüber *Polleti* historia fori romani lib. 5. cap. 6. Einen öffentlichen Character hatten wenigstens die letzten nicht. L. 33. §. 1. D. ex quibus causis maj.

lichen Glaubens gänzlich ermangele; was auch die Meinung des kanonischen Rechts nicht gewesen zu seyn scheint [34]); denn

einmal kann er etwas aus den Acten, oder unter Beziehung auf acta, bezeugen; wiewohl es in Fällen, wo es angeht, einem Richter besser ansteht, wenn er, ohne selbst hervorzutreten, die Schriften zeugen läßt;

zweitens können auch in richterlichen Urtheilen oder Bescheiden nebenher Anführungen über Thatsachen vorkommen [35]);

drittens fällt manches vor, wobei der Gerichtsschreiber nicht gegenwärtig ist, z. B. es wird dem Richter ein Schreiben einer höhern Behörde eingehändigt, oder es macht Jemand einen Antrag unmittelbar bei ihm;

viertens, wenn der Gerichtsschreiber *acta judicii* schreibt, geschieht dieß, wenn ich mich so ausdrucken darf, unter der Firma des Richters. Wenn wir die Sache bei Lichte betrachten, so gehört die Aufzeichnung des Geschehenen, d. h. die Erzählung dessen, was er selbst als Richter vorgenommen, oder sich im Gericht zugetragen hat, zu dem Amte des Richters, und wenn ihm zwar nach späterer und jetziger Einrichtung diese Last abgenommen ist, so kann sie doch noch immer als ein zum Amte des Richters gehöriger Theil oder Zweig angesehen werden, welcher nur besonders verwaltet wird [36]).

---

[34]) Cap. 28. X. de test.

[35]) Was ein Richter in Urtheilen oder Bescheiden anführt, findet billig Glauben, und wird mit den Acten übereinstimmend gehalten, bis das Gegentheil erwiesen ist. *Mev.* 1. dec. 118.

[36]) Die Alten scheinen in

§. 15.

Von Zeugnissen aus Kirchenbüchern.

Zu den öffentlichen Urkunden werden auch gerechnet die Kirchenbücher. Man ist gewohnt, über die Haupt-Ereignisse des Lebens aus dieser Quelle den Beweis zu schöpfen; sie geben bekanntlich Auskunft über Geburt und Heirath und Tod des Menschen. Sie haben in so fern Beweiskraft und den Charakter öffentlicher Urkunden, als die Geistlichen darin eigene Handlungen, die sie von Amts wegen verrichtet haben, niederschreiben, wozu sie wol überall in Deutschland durch die Gesetze oder Gebräuche des Landes verpflichtet sind [37].

---

der Glaubwürdigkeit, die sie dem Richter beilegen, zu weit zu gehen, wie Carpzov dec. 49. ingl. def. for. P. I. const. 16. def. 27. und P. 3. const. 3. def. 12. Leyser bemerkt, daß dem Gesetz zu Folge auch bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Actuarius zugezogen werden müsse (spec. 71. med. 4.); jedoch nehme der Gerichtsgebrauch den Grundsatz an, daß über actus voluntariae jurisdictionis auch eine bloß von dem Richter aufgenommene Registratur gültig sey (c. l. med. 5.). Indessen setzt er hinzu (c. l. med. 6.), ein Zeugniß des Richters darüber (d. h. ohne Registratur, oder ein testimonium judicis extra acta) habe keinen größern Werth, als das eines gewöhnlichen Zeugen. Der erste Satz ist richtig; die Wahrheit des zweiten lasse ich dahin gestellt bleiben; mir ist ein Fall der Art nie vorgekommen; der dritte stimmt mit meinen Ansichten überein. An einer andern Stelle legt er dem testimonio judicis extra acta die Kraft eines halben Beweises bei (spec. 268. med. 3.).

[37]) Was die eheliche Verbindung betrifft, ward auf dem Concilium zu Trident den Geistlichen ein dergleichen Buch zu führen zur Pflicht gemacht. Conc. Trident. sess. 24. tit. de reform. matrim. cap. 1. sub fine vers. *Habeat parochus librum.*

Es kann also dadurch bewiesen werden, was von dem Geistlichen Amts halber geschehen und was daraus zu schließen ist; und was namentlich die Geburt eines Menschen betrifft, kann genau genommen nicht der Tag der Geburt, sondern nur die Taufe, und ferner, was die Heirath betrifft, die priesterliche Trauung dadurch bewiesen werden; hingegen mit dem Beweise des Todes sieht es mißlich aus. J. H. Böhmer [38]) erwähnt einer Beweiskraft, die sie in dieser Hinsicht hätten, nicht, und daraus ist zu schließen, daß er sie ihnen auch nicht beilegte. Instrumenta publica sunt, bemerkt er, libri ecclesiastiaci, quibus consignantur baptizati et novi conjuges copulati. Hinc justae nuptiae e matricula plene probantur. Tantum tamen fidem faciunt de iis, quae coram parochis acta sunt, non vero, quae ex relatione aliorum habent, licet eadem quoque his matriculis inseruerint. Man pflegt es indessen mit allem dem bei Gericht nicht so strenge zu nehmen.

Ob nun dergleichen Bücher für öffentliche Urkunden zu halten sind? — Da die Geistlichen den Dienern des Staats an die Seite zu setzen, da sie mit Führung solcher Bücher vom Staat beauftragt sind, da sie nur Handlungen bezeugen, die sie von Amts wegen vorgenommen haben; so kann es wol keinen Zweifel leiden, daß ihren Aufzeichnungen Glaube beizulegen und ihre Bücher für öffentliche Urkunden, nämlich was man gewöhnlich so nennt, zu halten, oder ihnen an die Seite zu setzen sind [39]).

---

[38]) Jus eccl. Prot. lib. 2. tit. 22. §. 2.

[39]) *Carpzov* jurispr. eccl. lib. 2. tit. 20. def. 315. bemerkt vom Kirchenbuch: ei non minus ac instrumento publico plena tribuitur fides in probando.

Zwar sollte billig der Geistliche nicht damit bemüht werden, über Geburt, Heirath, Tod der Einzelnen Register zu führen. Die Obrigkeit wäre die nächste dazu, über dergleichen Ereignisse Buch zu halten. Daß man die Geistlichen damit beauftragt hat, und sich in Ansehung so wichtiger Dinge mit ihren Aufzeichnungen begnügt, obgleich sie, bloß auf Veranlassung ihrer Amtsverwaltung, eine, meistens unvollkommene, Kenntniß davon haben, das scheint doch zu den unvollkommenen Einrichtungen zu gehören, die wir von unsern Vorfahren geerbt haben und nur deshalb beibehalten, weil sie schon so lange vorhanden gewesen sind, von denen wir uns aber beim Fortschreiten unserer bürgerlichen Einrichtungen wahrscheinlich ganz los machen werden [40]).

§. 16.
Zeugnisse der Notarien.

Nicht mit Stillschweigen zu übergehen sind unter den öffentlichen die Urkunden der Notarien. Die Notarien, obwohl sie sonst nicht im Dienste des Staats stehen und keine Gewalt auszuüben haben, sind doch vom Staate eigens zum Verfertigen von Urkunden bevollmächtigt. Sie sind nämlich gerade um deswillen

[40]) Nach einer von Marc Aurel getroffenen Einrichtung mußte jeder Vater (binnen 30 Tagen) über die Geburt eines Kindes in Rom beim Praefectus aerarii Saturni eine Anzeige machen und den Namen angeben; in den Provinzen geschah dieß beim tabularius publicus. *Capitolin.* c. g. *Petiscus* lex. s. v. acta. Durch diese tabulas natales konnte hernach die Geburt bewiesen werden. Sie sind, wie es mir wahrscheinlich ist, in folgenden Stellen gemeint. L. 2. §. 1. D. de excusat. L. 1. C. si minor se maj. dix. L. 9. C. de nuptiis.

angestellt, und mit der Macht, der Regel nach auch mit der Verbindlichkeit bekleidet, daß rechtliche Geschäfte vor ihnen oder durch sie verrichtet werden können, damit sie von ihnen zum Andenken und zum Beweise aufgezeichnet werden. Sie haben das Recht und der Regel nach auch die Pflicht, wenn sie dazu aufgefordert werden, das von ihnen oder in ihrer Gegenwart Geschehene niederzuschreiben, und ihr Zeugniß darüber hat öffentlichen Glauben. Nur müssen sie bekanntlich bei den Geschäften zwei Zeugen zuziehen. Unter dieser Voraussetzung ist Niemanden das jus actorum et fidei publicae so entschieden und so ausdrücklich beigelegt, als eben dem Notarius. Seine Urkunden gehören nicht nur zu den öffentlichen, weil sie im Auftrag des Staats verfertigt sind, sondern sie machen auch eine vorzügliche Klasse derselben aus.

Indessen kann das in den Notarius gesetzte Vertrauen in einzelnen Fällen wanken. Die Rechtsgelehrten nehmen wenigstens an, daß sein Zeugniß der Glaubwürdigkeit ermangele, nicht bloß in seinen Angelegenheiten, sondern auch in Sachen seiner Frau und seiner nächsten Verwandten, überhaupt in solchen, worin er nicht hätte Richter oder Zeuge seyn können, und daß sein Zeugniß in andern Fällen verdächtig sey[41]. Daß er in seinen eigenen Sachen sein Amt nicht verwalten, nicht zugleich Partei, Advokat, Notarius seyn könne, ist etwas, was sich wol schon von selbst versteht, und es wird wol nicht nöthig seyn, daß man sich deshalb

[41]) *Mev.* P. 8. dec. 212. *Hommel* Rhapsod. obs. 211. Stark in der Einleitung zu der von ihm herausgegebenen Ordnung der Notarien S. 26. v Quistorp rechtl. Bem. 1. Bem. 29.

auf Gesetzstellen beruft, die nicht hierher gehören [42]. Das Uebrige ist wenigstens sehr vernünftig, und die Rechtsgelehrten sagen hier etwas, was die Gesetzgeber hätten sagen sollen: denn in der Theorie läßt sich an der Wahrheit eines Satzes zweifeln, der auf keinen bessern Gründen beruht, als daß man in eigenen Angelegenheiten, oder in Sachen seiner nächsten Verwandten, nicht Richter seyn, oder als Richter verworfen werden kann, und daß ein Notarius, hin und wieder Richter genannt, nämlich *judex chartularius* (was sich durch kein ähnliches Wort im Deutschen geben läßt, denn Schriften-Richter oder gar papierner würde zweideutig seyn und Anstoß erregen), ingleichen, daß man in eigenen Angelegenheiten, oder in Sachen naher Verwandten, kein gültiges Zeugniß ablegen könne. Gut ist unter diesen Umständen, daß, nach dem Zeugniß der erwähnten Rechtsgelehrten, ihnen schon der Gerichtsgebrauch zur Seite steht, der freilich, wenn er vorhanden ist, aller Fehde ein Ende macht. Die Gerichte halten nach v. Quistorp [43] selbst darüber, daß Notarien ihr Amt nicht verwalten dürfen, in Sachen, die ihre Verwandten für Andere führen, und erlauben es z. B. einem Advokaten nicht, sich in den Sachen, die er unter Händen hat, seines Bruders als Notars zu bedienen.

§. 17.

Von Zunftbüchern.

Auch die Zunftbücher (libri opificialium) pflegen wol mitunter den öffentlichen Urkunden beigezählt zu

---

[42]) Rechtliche Bemerk. 1. Bem. 29.

[43]) v. Quistorp l. c.

werden. Hi libri, bemerkt Heineccius[44]), pro instrumentis publicis haberi solent adeoque plene probare dicuntur. Allein, wenn dieses geschieht, geschieht es mit großem Unrecht. Zwar werden diese vom Staate geduldeten und bestätigten Gesellschaften *collegia minora* genannt und ihnen die jura universitatum eingeräumt[45]). Zwar erklärt Rulant die Zunft für eine persona quasi publica, weil man an einigen Orten aus einem Zunftgenossen ein Mitglied des Raths, ein so genannter Senator, werden könne — über welchen Grund Leyser, der doch den Satz selbst gelten läßt, sich lustig macht und meint, das sey auch was rechtes und übrigens mache die bloße Aussicht auf ein öffentliches Amt keinen zum öffentlichen Beamten; — allein alles das darf uns nicht irre machen. Es sind doch immer nur Gesellschaften von Privatpersonen, keine Staatsbehörden, keine öffentlich angestellte Beamten, denen der Staat Geschäfte aufgetragen und Geschehenes aufzuzeichnen übertragen und denen er in dieser Hinsicht sein Vertrauen geschenkt hätte; kurz, das so genannte *jus actorum* et *fidei publicae* ist ihnen nicht beigelegt[46]). Anders verhält es sich mit Aufzeichnungen, die von einer der Zunft zu diesem Zweck etwa zugeordneten Magistratsperson oder einem Amtsnotarius herrühren; diese haben freilich öffentlichen Glauben, den ihnen aber nicht die Zunft verleiht, sondern den sie schon mitbringen.

§. 18.

---

[44]) De collegiis et corporibus opificum cap. 2. §. 18. (Opusc. sylloge p. 427.)

[45]) *Heineccius* l. c.

[46]) Aller Glaubwürdigkeit sollen sie doch nicht ermangeln, sondern halben Beweis bewirken, wie Leyser (spec. 268. med. 7.) behauptet.

§. 18.

Rechte an öffentlichen Urkunden.

Die öffentlichen Urkunden gehören dem Staate, für den und in dessen Auftrag sie geschrieben sind. Quae officiales conficiunt instrumenta, sunt reipublicae, cui serviunt [47]. Namentlich gilt dieß auch von den gerichtlichen Schriften.

Auch diejenigen Schriften, welche die Parteien vor Gericht gewechselt haben, gehören dem Staate. Sie rühren zwar nur von Privatpersonen her, und sind, ihrem Ursprung nach, nur Privat-Urkunden, haben auch nicht die Eigenschaft der öffentlichen in Hinsicht auf Glaubwürdigkeit ihres Inhalts; aber sie befinden sich im Eigenthum des Staats; denn was sind sie anders, als Briefe, gerichtet an den Staat, welche dieser in Empfang genommen hat, so bald sie bei Gericht eingereicht sind? Sie können daher eben so wenig zurückgefordert, als gegeben werden. Anders ist es mit Urkunden, die bei Gericht eingereicht sind; weil die Partei bei deren Einreichung nicht die Absicht hatte, sie wegzugeben, sondern sie dem Gericht nur einstweilen mitgetheilt und zum Beweise vorgelegt sind; daher sie, nach gemachtem Gebrauch, zurück gegeben werden müssen. Nämlich das instrumentum authenticum muß zurückgegeben werden; denn eine Abschrift davon und zwar eine beglaubigte, dem Original ähnlich sehende, behält bekanntlich das Gericht zurück, damit, statt des Originals, ein treues Abbild bei den Acten aufbewahrt werde, also auch über diesen Punkt, was bei

---

[47]) *Mev.* P. 6. dec. 210. | nota 3.

Gericht geschehen ist, erhelle, kurz, die Acten vollständig bleiben.

V. Quistorp [48]) gibt die gerichtlichen Acten für instrumenta communia der streitenden Theile aus [49]), ein Satz, den er für unstreitig erklärt, wofür kein Grund angeführt ist und ich keinen finden kann [50]). Zwar werden die gerichtlichen Schriften um der streitenden Theile willen geschrieben; sie können auch begehren, daß sie ihnen zur Einsicht vorgelegt werden, so oft sie es verlangen, und dasselbe Recht hat jeder Andere, dem daran gelegen, auch (welches der Fall nicht seyn könnte, wenn sie sich im Privateigenthum befänden) [51]). Aber aus allem dem folgt nicht, daß sie ihnen gehören, und man muß den Ausdruck gemeinschaftlich in einem sehr ungewöhnlichen Sinn nehmen, um einen Satz, wie diesen, zu vertheidigen: daß öffentliche Acten gemeinschaftliche der Privatpersonen sind — der im gewöhnlichen Sinn einen Widerspruch in sich, ja ihn offen zur Schau trägt. —

---

[48]) Rechtl. Bemerk. Thl. 1. Bemerk. 56.

[49]) Dieselbe Behauptung bei Martens diss. de instrum. commun. §. 10.

[50]) Das von v. Quistorp in der Note 2. angeführte cap. 12. X. de fide instrum. spricht nur davon, daß der eine Theil von dem Andern die Edition gemeinschaftlicher Urkunden, die dieser besitzt, fordern könne, nicht aber, daß die gerichtlichen Acten instrumenta communia sind.

[51]) *L. 2. C. de edendo.* Is, apud quem res agitur, acta publica, tam civilia, quam criminalia, exhiberi inspicienda ad investigandam veritatis fidem jubebit.

IX.

Rechtliche Folgen der mora des Gläubigers bei schuldigen Quantitäten.

(Im November 1821.)



Die Mora äußert sich als schädliche Unterlassung und wie sie auf Verschuldung beruht, ist es den Grundsätzen der Gerechtigkeit gemäß, daß der Verschuldete (der morosus) die nachtheiligen Folgen seiner Unterlassung übernehmen muß. Dieß zeigt sich auch bei der Zögerung im Empfangen von Seiten des Gläubigers. Ein Gläubiger, dem die schuldige individuelle Sache (die Species) angeboten ward und der die Annahme ohne triftigen Grund verweigerte, muß den Schaden tragen, wenn sie durch einen Unglücksfall zu Grunde geht; ihm stirbt die schuldige Species. Die Rechtsgelehrten sind gewohnt, diesen Satz also auszudrucken: Mora transfert periculum rei debitae in creditorem. Der Ausdruck dürfte indessen der Sache nicht völlig angemessen seyn; gewöhnlich wird der Gläubiger schon vorher, schon als Eigenthümer, die Gefahr zu tragen haben und jener Satz will nichts weiter sagen, als daß der Schuldner außer Verantwortung sey und nicht nöthig habe, dem Gläubiger den Schaden zu ersetzen. Es ist auch sehr natürlich, daß einer, der sich nur wider Willen mit der fremden Sache befassen muß, nicht nöthig habe, auf sie und ihre Erhaltung besondere Sorgfalt zu wenden. Er ist von jetzt an nur noch für dolus verantwortlich [1]),

---

[1] L. 9. D. soluto matrim. L. | 17. D. de per. et com. rei vend.

und da nach allgemeinen Grundsätzen des Römischen Rechts grobe Schuld dem dolus gleich zu achten ist, nehmen die Rechtsgelehrten keinen Anstand, diese Regel auch hier zur Anwendung zu bringen [2]), so daß der Schuldner auch für culpa lata haften würde. Die Gesetze sagen also, der Gläubiger haftet für dolus, und die Rechtsgelehrten setzen hinzu, folglich auch für culpa lata: so richtig dieser Schluß sonst auch ist, in der Anwendung auf diesen besondern Fall ist er wenigstens nicht über allen Zweifel erhaben. Doch will ich mich hierbei nicht aufhalten; denn ich will hier von solchen Fällen reden, da der Gegenstand der Verbindlichkeit eine quantitas ist, z. B. eine Summe Geldes.

In solchen Fällen, sollte man glauben, könne die angeführte Regel: Mora transfert periculum rei debitae in creditorem, nicht zur Anwendung kommen, und wenn unseren Rechtsgelehrten folgender Fall in der ihnen wohlbekannten Sprache zur Entscheidung vorgelegt würde: Ist Titius dem Mevius 100 Thlr. aus einem Dahrlehn schuldig gewesen; hat Titius darauf zur Verfallzeit die Schuld abtragen wollen, Mevius aber ohne triftigen Grund die Annahme verweigert; ist Titius sodann nach Hause gereist, auf dem Wege von Räubern angefallen und seines Geldes, besonders auch jener 100 Thlr., beraubt worden, und da Mevius nunmehr Klage gegen den Titius erhoben, begehrt Letzterer zu wissen, ob er schuldig sey, dem Gläubiger die ihm vergebens angebotenen und darauf geraubten 100 Thlr. zu bezahlen; — so könnte es wol seyn, daß manche (ohne daß man ihnen deswegen etwas zur Last legen

---

[2]) S. z. B. Westphal vom Kauf §. 575.

könnte), wenigstens auf der Stelle und abgeschieden von ihren gelehrten Hülfsmitteln, die Frage so beantworten würden, er sey dazu schuldig. Sie würden sagen: das bloße vergebliche Anbieten tilgt die Verbindlichkeit nicht, sondern nur der Untergang der schuldigen Sache und — genus et quantitas non pereunt. Und dennoch würde diese Entscheidung nicht richtig seyn; zwar aus Vernunftgründen läßt sie sich nicht widerlegen, wohl aber steht eine vom Gesetz anerkannte Billigkeit entgegen, wie folgende Pandectenstelle lehrt.

L. 72. pr. D. de solut. Marcellus.

Qui decem debet, si ea obtulerit creditori, et ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit; etenim non est aequum, teneri pecunia amissa: quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. Quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. Et sane si servus erat in dote eumque obtulit maritus, et si servus decessit aut nummos obtulit eosque non accipiente muliere perdiderit: ipso jure desinet teneri.

Wir sehen also, auch wer eine quantitas schuldig ist, wird seiner Verbindlichkeit entledigt, wenn er die dem Gläubiger vergebens dargebotenen Geldstücke, deren Annahme dieser ohne triftigen Grund verweigert hat, ohne seine Schuld verliert [3]).

[3]) Die Deposition von Seiten des Schuldners ist deshalb freilich nicht unnöthig: denn bei der Deposition hört die Verbindlichkeit sogleich auf: ohne sie erst dann, wenn die schuldige dem Gläubiger angebotene Sache verloren oder zu Grunde geht und auch nur, wenn dieß absque culpa sua geschieht.

Wieling meint, unter culpa sey in jener Pandectenstelle *lata* zu verstehen [4]) und Noodt verwirft die Worte *sine culpa sua* als unecht, wenigstens müsse statt sua — *summa* gelesen werden [5]). Bei der nach Marcellus erforderlichen Abwesenheit der Verschuldung auf Seiten des Schuldners, der die dargebotenen Geldstücke verliert, finde ich nichts wunderbar, als daß der große Noodt sich darüber verwundern und die Worte sine culpa sua anstößig finden konnte. Mir scheint hier alles ganz wohl zusammen zu hängen. Wäre hier von einer schuldigen Species die Rede gewesen, so würde Marcellus die Worte sine culpa sua so sicher nicht gebraucht haben, als sicher sie jetzt, wo von einer schuldigen quantitas die Rede war, gar nicht fehlen durften. Auch Marcellus, glaube ich, hielte dafür, wenn von einer schuldigen quantitas die Rede ist, bleibe der Schuldner *stricto jure* verhaftet, wenn er das Geld verliert, was er dem Gläubiger vergebens angeboten hatte; aber billig sey es, daß der Gläubiger von demjenigen keine Zahlung weiter begehre, der zu zahlen bereit war, und der darauf die Species, womit er zahlen wollte, verlor, und sie doch nicht verloren haben und seiner Schuld entledigt seyn würde, hätte der Gläubiger die Annahme nicht ohne triftigen Grund verweigert; dieselbe Billigkeit, von deren Gefühl Marcellus geleitet ward, erfordert dann aber auch, daß der Schuldner bey dem Verlust außer Schuld sey. Daß Marcellus so dachte, beweiset der Unterschied, den er hernach in Ansehung des

[4]) Lect. jur. civ. lib. 2. cap. 11.

[5]) Observat. lib. 1. cap. 16.

Brautschatzes und namentlich bei speciebus in dotem datis statuirt. Hier hört, nach ihm, der Schuldner beim Verlust ipso jure auf, verhaftet zu seyn, und Schuld oder Unschuld desselben kommt nicht weiter in Betrachtung; wenigstens thut Marcellus deren, was wohl zu bemerken ist, keine Erwähnung. Besonders wird meine Ansicht auch dadurch bestätigt, daß Marcellus dem Schuldner die *exceptio doli* einräumt. Diese Form wird dann angewandt, wenn Billigkeit für den Beklagten streitet, während das strenge Recht ihm entgegen steht [6]. Dadurch wird auch die Meinung des Teller widerlegt, der Einwand, genus et quantitas non pereunt, von Seiten des Gläubigers dem Schuldner entgegen gesetzt, finde hier um deswillen nicht Statt, weil durch das Anbieten einer bestimmten Sache das schuldige Objekt zur Species geworden sey [7]. Wenn der Schuldner von mehreren Individuen das eine oder das andere schuldig ist, folglich nach der Regel: In alternativis debitoris est electio, die Wahl hat, welches von beiden er geben will, und er nun das eine anbietet, dann freilich wird der Gegenstand seiner Verbindlichkeit durch die geschehene Wahl bestimmt, dann freilich beschränkt von jetzt an seine Verbindlichkeit sich auf das gewählte Objekt und, wenn es untergeht, findet

---

[6]) L. 12. D. de doli mali et metus except. Qui aequitate defensionis actionem infringere potest, doli exceptione tutus est.

[7]) Er schreibt nämlich diss. de mora cred. p. 36. Redundat autem omne periculum in creditorem, sive species, sive genus debetur. Quamvis enim genus, ex regulis disciplinae nostrae, non perire dicatur, aliter tamen res se habet, si debitor creditori rem ejus generis, quod debebat, rite obtulerit; *tunc enim per oblationem rei certae redactum fuit ad speciem creditori perituram.*

die Regel Anwendung: res perit ei, cui debetur [8]); — aber wenn Jemand eine quantitas schuldig ist, glaube ich nicht, daß man etwas Aehnliches anzunehmen berechtigt sey, daß man sagen könne, die Verbindlichkeit, die vorher auf Geben von Sachen dieser Art überhaupt ging, beschränkte sich jetzt auf die dargebotenen bestimmten Stücke. Das hieße, jenem Satz eine zu große Ausdehnung geben.

Es gibt eine Rechtsregel, L. 39. D. de reg. juris, welche also lautet: In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae fit, quominus fiat [9]). Godefroy [10]) scheint den Ausspruch des Marcellus als eine Anwendung jener Regel anzusehen [11]). Wie Godefroy denket auch Majansius [12]); ingleichen Teller [13]).

Die Regel, welche L. 39. D. de reg. jur. an die

---

[8]) *L. 105. D. de V. obl.* Stipulatus sum, Damam aut Erotem servum dari; cum Damam dares, ego, quominus acciperem, in mora fui; mortuus est Dama, an putes, me ex stipulatu actionem habere? Respondit: Secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse; nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quominus id, quod debebat, solveret, continuo eum debito liberari.

[9]) Damit steht im Zusammenhange L. 161. D. eod.

[10]) Ad L. 39. D. de reg. jur. (Ejus opera minora, ed. Trotz, p. 859.)

[11]) Er führt sie nämlich unter den Beispielen der Anwendung jener Regel auf und bringt eine andere Stelle mit ihr in Zusammenhang. *L. 8. D. de nautico foen. Ulp.* Servius ait, pecuniae trajectitiae poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quominus eam intra certum tempus praestitutum accipiat. Aber das eam geht wol auf pecuniam trajectitiam.

[12]) Disputat. 34. p. 29.

[13]) De mora cred. §. 9.

Hand gibt, scheint ein wenig gar zu allgemein gestellt zu seyn. Es dürfte auf diese Stelle der Ausspruch des Javolenus anwendbar seyn, welcher ebenfalls im Titel de reg. juris zu finden ist [14]). Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit. Hier angewandt, würde die Regel zu viel beweisen. Es würde daraus folgen, daß, wenn der Gläubiger das Geld nicht annehmen will, es als bezahlt und die Schuld als getilgt anzunehmen sey, da doch Marcellus nur lehrt, der Schuldner könne nicht mit Erfolg belangt werden, wenn er das Geld ohne seine Schuld verliert. Mir scheint es, wenigstens der Theil des Ausspruchs des Marcellus, wovon hier die Rede ist, beruhe bloß auf Billigkeit [15]).

Ueberhaupt waltet Billigkeit in dieser Sphäre und der Richter nimmt Rücksicht auf die Umstände [16]). Nicht nur befreien Hindernisse, nämlich solche, die von außen kommen, unvorhergesehene Begebenheiten, die

---

[14]) L. 202. D. de reg. jur.

[15]) Eine solche ist auch und zwar noch stärker vorhanden in einem Fall, dessen Cajus gedenkt, wo der Verlust des Geldes, welches der Schuldner zur Bezahlung des Gläubigers anwenden wollte, durch den Gläubiger bewirkt ist, wiewol dabei von keiner mora des Letztern die Rede ist. *L. 6. D. de doli mali et metus exc.* Si opera creditoris acciderit, ut debitor pecuniam, quam soluturus erat, perderet: exceptione doli mali creditor removebitur.

[16]) L. 32. pr. D. de usuris. *L. 91. §. 3. D. de Verb. Obl.* Et Celsus scribit, eum, qui moram fecit in solvendo Sticho, quem promiserat, posse emendare eam moram: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose (inquit) erratur (man reicht dabei mit der bloßen Schulweisheit nicht aus, welche vielmehr zu schädlichen Irrthümern verführt).

sich ereignen, und den Schuldner außer Stand setzen, seine Verbindlichkeit zur rechten Zeit erfüllen zu können, den Schuldner von der mora und deren Folgen [17]; — das folgt schon aus der Natur der mora und der Verbindlichkeit überhaupt; — sie gereichen ihm aber selbst dann zur Entschuldigung, wenn sie ihm auch die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht gerade absolut unmöglich machten; und dieß ist doch nichts, als reine Billigkeit. — Nach der gemeinen Lehre der Rechtsgelehrten entschuldigt von der mora auch magna difficultas solvendi: sie muß nur nicht gleich Anfangs vorhanden oder vorhergesehen seyn, sondern sich erst in der Folge aus den Umständen hervorgethan haben, dem Gläubiger muß auch dabei etwas, oder doch dem Schuldner nichts, zur Last gelegt werden können [18]).

Es ist noch übrig, dem Ausspruche des Marcellus einen Rechtsfall gegenüber zu stellen, den Scävola vorträgt, der mit Marcellus in Widerspruch zu stehen scheint, aber nicht steht.

L. 102. *D. de solut.*

Creditor oblatam a debitore pecuniam, ut alia die accepturus, distulit: mox pecunia, qua illa respublica

---

[17]) L. 23. D. de usuris.

[18]) Dieß gründet sich auf L. 3. §. ult. D. de act. emt. L. 137. §. 4. D. de Verb. Obl. *Mev.* P. 4. dec. 198. *Voet* ad Dig. tit. de usuris §. 29. *Wehrn* doctr. juris de damno cap. 5. §. 46. p. 308. sq. *Brunnemann* ad l. 11. C. si certum petatur nr. 4. Wenn der Schuldner dergleichen Hindernisse nachweiset, ist dieß nicht so wohl purgare oder, wie es in den Gesetzen heißt, emendare moram, wiewol manche es dahin zählen, als vielmehr se purgare a mora.

utebatur, quasi aerosa jussu praesidis sublata est: item pupillaris pecunia, ut possit idoneis nominibus credi, servata, ita interemta est. Quaesitum est, cujus detrimentum esset? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, nec creditoris, nec tutoris detrimentum esse [19]).

Was den Rechtsfall selbst betrifft, scheint es, daß der Gläubiger sich auch hier in mora accipiendi befand und er folglich den Schaden tragen mußte, welcher durch Wegnahme der Münzen sich zutrug; dennoch spricht Scävola ihn frei davon. Allein, es war kein gehöriges Anbieten, wenn der Schuldner den Gläubiger mit geringhaltigen oder verrufenen Münzen bezahlen wollte, obgleich der Letztere dieß nicht wußte, und selbiger hätte ja doch nicht nöthig gehabt, die Zahlung in dieser Art von Münzen anzunehmen. Besonders, oder vielleicht allein, kam in Betrachtung, daß der Gläubiger die Annahme der Zahlung nicht gerade verweigerte, sondern sie nur bis zu einem andern Tage verschob, daß der Schuldner mit diesem Verschieben zufrieden war, wenigstens nicht auf sofortige Annahme bestand; was doch unter diesen Umständen nöthig gewesen wäre, den Gläubiger in moram zu

---

[19]) Pecunia aerosa ist Geld, dem zu viel Kupfer beigemischt ist, geringhaltige Münze. Es kann auch vielleicht überhaupt pecunia reproba (verrufene Münze) bedeuten. *Bynkershoek* Observat. jur. Rom. lib. 3. cap. 4. Unter Respublica wird in den Pandecten gewöhnlich ein Municipium verstanden. L. 1. §. 4. D. de aed. Ed. L. 68. D. ad legem Falc.

versetzen [20]). Es steht also Scävola mit Marcellus nicht im Widerspruch, vielmehr ist zu vermuthen, daß Scävola die Frage eben so, wie Marcellus, entschieden haben würde.

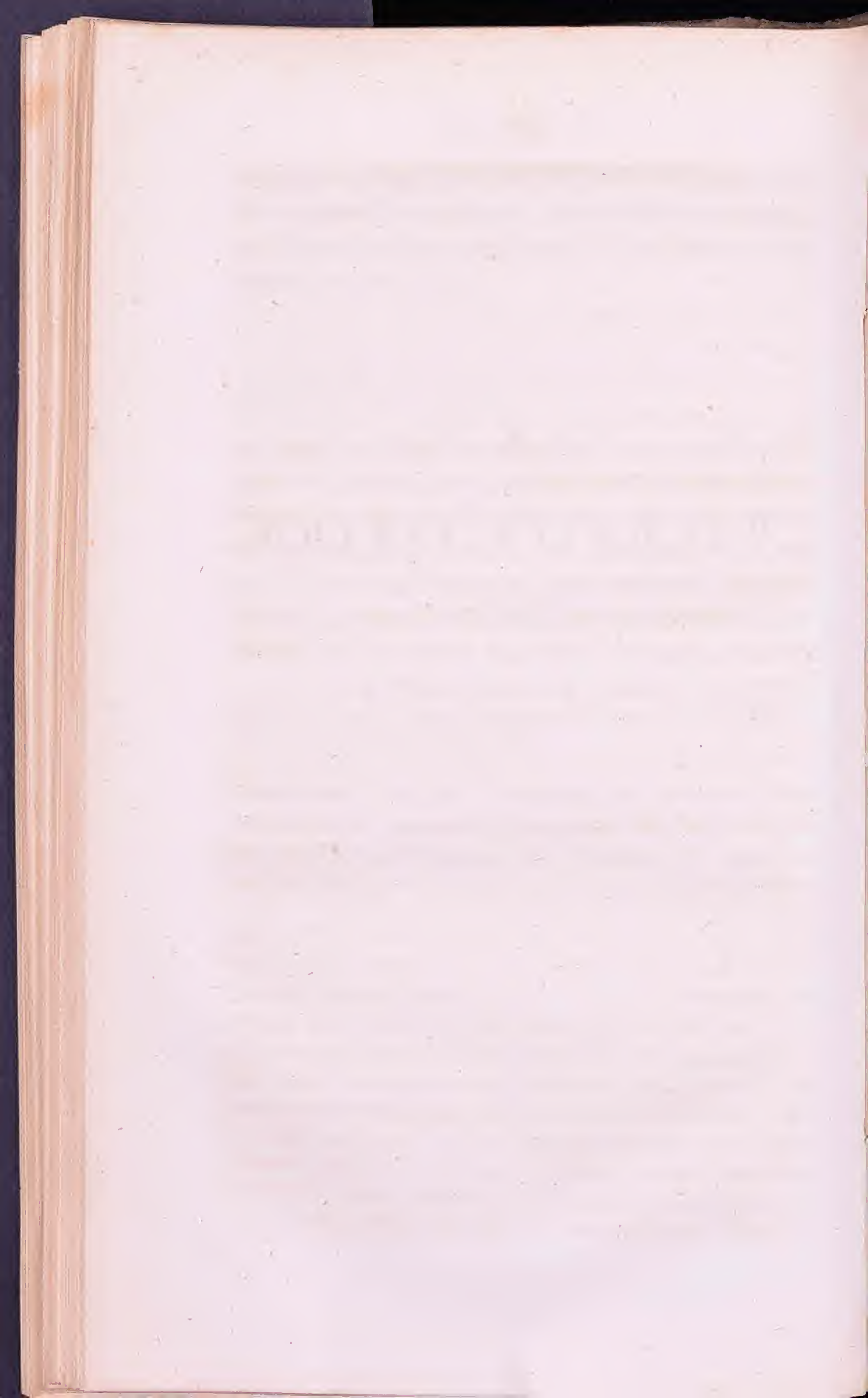
---

[20]) S. auch Curtius *Εἰκασιῶν* lib. 1. (in Otto thesaur. tom. 5. p. 151.)

X.

Probatio finium.

(Im Julius 1825.)



Der Beweis der Grenzen, in Ansehung dessen die Rechtsgelehrten übereinstimmen, daß man es mit einem Beweise dieser Art nicht nach aller Strenge zu nehmen habe [1]), kann geführt werden durch Zeugen und Urkunden, besonders durch Grenzmäler [2]).

Die Grenzen können also bewiesen werden 1) durch Zeugen, und zwar durch alte Leute aus der Gegend,

[1]) S. z. B. *Leonin.* Emend. lib. 2. cap. 8. nr. 15.

[2]) Die Römer scheinen Streitigkeiten über die Grenzen auf eine sehr einfache Art abgemacht zu haben. Sie schickten den Agrimensor an Ort und Stelle, damit er die Grenzen in Augenschein nehme, und den Streit an Ort und Stelle untersuche und schlichte. *L. 8. pr. D. fin. reg.* Si irruptione fluminis fines agri confudit inundatio, ideoque usurpandi quibusdam loca, in quibus jus non habent, occasionem praestat: Praeses provinciae alieno eos abstinere et domino suum restitui terminosque per mensorem declarari jubet. §. 1. Ad officium de finibus cognoscentis pertinet, mensores mittere et per eos dirimere ipsam finium quaestionem, ut aequum est, si ita res exigit, oculisque suis subjectis locis. Zur Erklärung der Pandectenstelle s. *Wilh. Goesii* Not. ad rei agrariae auct. p. 197. *Ejusd.* Antiq. agrar. p. 37. und *Noodt* ad. Dig. tit. fin. reg. p. 191. Die Schlichtung der Grenzstreitigkeiten durch einen arbiter oder agrimensor ward ursprünglich durch die Lex Manilia eingeführt. *Cic.* de leg. I. 21. *Leonin.* Emend. lib. 2. cap. 8. nr. 2 seq. *Bach* hist. jur. Rom. §. 41.

S

die von den Grenzen Kenntniß haben und wissen, wie sie von Alters her gegangen sind. An dergleichen Leuten pflegt es nirgends zu fehlen. Da hier von factis antiquis die Rede ist, sind auch testes de auditu nicht zu verwerfen [3]). Selbst das Zeugniß solcher Zeugen, die nur von andern gehört haben, daß sie es haben sagen hören, hier sey die Grenze, kurz testes de auditu auditus, verdient nicht ganz aus der Acht gelassen zu werden [4]). Das Canonische Recht zählt ja in einem ganz ähnlichen Fall, nämlich wenn die Rede ist von den Grenzen des Amtsbezirks, das bloße Gerücht (fama) zu den Mitteln, die den Beweis unterstützen [5]). — Die Zeugen sind dann vor ihrer Vernehmung *in rem praesentem* zu führen, wie dies in allen Fällen rathsam ist, wo es darauf ankommt, das Gedächtniß durch den Anblick des Orts zu beleben; sie sind auch allenfalls an Ort und Stelle zu vernehmen [6]).

2) Durch Urkunden. Diese Urkunden können a) öffentliche seyn. Dahin gehören namentlich die sogenannten Erbregister, Flur- und Lagerbücher, worin die Grundstücke von der Obrigkeit nach ihrer Lage, Größe u. s. w., verzeichnet sind. Werth haben sie nur, wenn sie nicht auf einseitige Angaben, sondern unter

---

[3]) L. 28 D. de probat. L. 2. §. 8. D. de aqua et aquae pluv. arc. act. *Cujac* Observ. lib. 3. cap. 26. *Raevard* varior. lib. 1. cap. 14. *Mynsinger* cent. 6. obs. 26. *Wernher* P. 4. obs. 37 *Voet* ad Dig. tit. fin reg. §. 9.

[4]) *Mynsinger* (a. a. O.) legt ihm sogar volle Beweiskraft bei.

[5]) Cap. 13 X. de probat.

[6]) Gönner's Handbuch des Prozesses, Bd. 2. Abh. 53. Der Ausdruck: die Zeugen in rem praesentem führen, dessen wir uns jetzt als eines gewöhnlichen Kunstausdruckes bedienen, kommt schon vor bei Cicero Or pro Caecina.

Zuziehung derjenigen, denen daran gelegen ist, niedergeschrieben sind oder andere Beweisgründe hinzutreten [7]). Zu den Urkunden, wodurch die Grenzen bewiesen werden können, werden auch zu rechnen seyn die von einem beeidigten Landmesser über ein Grundstück aufgenommene Karte und dazu gehörige geometrische Beschreibung, in so fern erhellet, daß nicht bloß alte der Gegend kundige Leute, sondern die angrenzenden Nachbarn selbst, dabei zugezogen sind, und sie die Grenze auf eine übereinstimmende Art angegeben haben [8]).

b) Privat-Urkunden. Namentlich gehören dahin solche, die über Verträge lauten, oder Vergleiche, welche zwischen den Grenznachbarn abgeschlossen, und worin die Grenzen festgestellt oder beschrieben sind. Hingegen gehört der Fall, wovon L. 12. D. fin. reg. spricht, nicht eigentlich hierher, da die Stelle nicht vom Beweise handelt, sondern bloß aussagt, daß, wenn ein früherer Besitzer, dem beide angrenzende Grundstücke gehörten, beim Verkauf des einen gewisse Grenzen anwies, nicht auf die vorige Grenze zu sehen sey, sondern auf die angewiesene neue, welches natürlich ist, da, die Größe des verkauften Objekts und die Grenze zu bestimmen, von den Contrahenten und namentlich vom Verkäufer abhing [9]). Indessen würde freilich in einem solchen

---

[7]) *Leyser* spec. 100. med. 3. item spec. 101. Struben rechtl. Bed. Bd. 2. Bed. 86.

[8]) Balthasar Anmerk. zu Schweder von Anschlagung der Güter. S. 23.

[9]) *L. 12. D. fin. reg.* Eos terminos, quantum ad dominii quaestionem pertinet, observari oportere fundorum, quos demonstravit is, qui utriusque praedii dominus fuit, cum alterum eorum venderet. Non enim termini, qui singulos fundos separabant, observari debent, sed demonstratio ad-

Fall der Kaufbrief, aus welchem die Anweisung einer bestimmten Grenze erhellete, zum Beweise der Grenze gegen die Nachfolger des Verkäufers gebraucht werden können.

3) Durch Grenzmäler. Dergleichen Grenzmäler sind, wie die Grenzen selbst, etwas Willkürliches, und es kommt vor allen Dingen darauf an, daß ihre Bestimmung, die Grenze zu bezeichnen, besonders an ihnen selbst, erkannt werde.

Zu den gebräuchlichen Grenzzeichen gehören namentlich a) Grenzsäulen [10]).

b) Grenzsteine oder Marksteine. Bei den Grenzsteinen unterscheidet man Hauptsteine, welche beim Anfang oder Ende der Grenzlinie, oder dort, wo die Grenze einen Winkel bildet, aufgestellt werden (Ortsteine), und die sogenannten Läufer, d. h. die kleineren Steine, welche, zwischen den Hauptsteinen aufgestellt, die Endpunkte verbinden. Bei den einzelnen Steinen unterscheidet man ferner den Kopf — die Seiten — den Untertheil; — und die Stelle, wo der Stein in der Erde ruht, oder die Grube, worin er steht, nennt man sein Lager [11]). Man pflegt sie auf doppelte Art zu bezeichnen. Einmal wird der Stein selbst auf mancherlei Art bezeichnet. In älterer Zeit pflegte man Kreuze einzuhauen, späterhin sogenannte Schleifen oder Runsen [12]). Man setzt auch wol bei mehreren

---

finium novos fines inter fundos constituere.

[10]) *Stryck* Us. mod. tit. fin. reg. §. 9. nr. 18. Bei Stryck (a. a. O.) findet sich überhaupt ein ganzes Register über die Grenzzeichen.

[11]) *Oettinger* de jure limitum lib. 1. cap. 17. nr. 3.

[12]) *Oettinger* c. l. nr. 5. et 6.

Steinen die Zahl hinzu, vielleicht auch die Jahrszahl, und bei Landesgrenzen das Wapen des Landesherrn (daher der Ausdruck gewapnete Steine). Zweitens pflegt man ihnen eine Mitgabe in der Erde unterzulegen oder vielmehr beizulegen, sogenannte Eier, d. h. allerhand, was der Verwesung Trotz bietet, als Kohlen, Scherben, zerstoßenes Glas, besonders kleinere Steine. Dergleichen Eier sind es eigentlich, wodurch sie als Grenzsteine beglaubigt, und die daher in der Kunstsprache auch Zeugen genannt werden [13]. Diese Sitte, den Grenzsteinen dergleichen unterzulegen, mag leicht eben so alt seyn, als die Sitte, dergleichen aufzurichten. Auch die Römer pflegten den Grenzsteinen Asche, Kohlen, zerstoßenes Glas, Scherben, Kalk, Gyps unterzulegen [14]. Es soll dadurch, wie es scheint,

---

[13]) *Oettinger de jure limitum lib.* 1. *cap.* 17. *nr.* 9. „Es werden aber nicht allein die Marksteine für sich selbsten also mit Kennzeichen bezeichnet, sondern ihnen auch etliche Steinlein als rechte Zeugen beigelegt, welche gewisse Kundschaft und Zeugniß geben, daß sie rechtmäßig gesetzt und bekräftigt seyn; darum nennens wir Zeugen und die Italiener Guardia. Und wenn in Erhebung der Marksteine keine Zeugen bei denselben gefunden werden, das ist, wann sie ohne Eyer seyn, wie die Untergänger zu reden pflegen, so sind sie unkräftig und nicht gültig, sie wären dann für bekanntliche Marken von Alters her jederzeit gehalten worden. Etliche nehmen zwey, etliche drey Steinlein zu Zeugen, sonderlich zu den Ortsteinen, die sie auf einem breiten Stein oder Blatt von einander schlagen, daß sich, wann man dieselb ersuchet, die Stück recht wieder zusammenfügen, die legt man im Eingraben also bei und neben die Markstein, daß man wol sehen und urteilen kann, wo sie hinzeigen.“

[14]) *Siculus Flaccus* de cond. agror. apud *Wilh. Goesium* (Auctores rei agrariae) p. 5.

angedeutet werden, daß sie mit Absicht an diese Stelle gesetzt und echte Grenzsteine sind; sie sollen dem Grenzstein zum Zeugen und Wächter dienen [15]. Vielleicht auch haben sie Aufschriften oder andere Merkmale, die ihre Qualität als Grenzsteine außer Zweifel setzen. Bisweilen sind sie schon in die Erde versunken, und erst wenn man an den von den Zeugen bezeichneten Stellen nachgräbt, findet man sie.

Wenn Steine Grenzstreitigkeiten entscheiden sollen, so müssen, wie die Rechtsgelehrten annehmen, ihrer mehrere vorhanden seyn, welche in gerader Linie auf einander hinweisen [16]. Freilich Ein Stein würde nur diesen einen Punkt als die Grenze bezeichnen; eine Reihe von Steinen, die auf einander hinweisen, den ganzen Grenzzug.

Außer den Steinen gibt es auch andere Grenz-Merkmale. Namentlich gehören dahin c) Bäume (arbores finales, Malbäume), Bäume nämlich, die, falls sie sich nicht etwa zufällig schon dort befanden, eben in der Absicht dorthin gepflanzt sind, um die Grenze zu bezeichnen. Deren Beweiskraft (fides) hängt wieder davon ab, daß sie als solche erkannt werden, welche die Grenze bezeichnen sollen, namentlich, daß sie Grenzzeichen an sich haben, als eingehauene Kreuze (Malbäume vorzugsweise), Löcher (Lochbäume) u. s. w. [17].

---

[15]) *Oettinger* c. 1

[16]) „Lapides terminos finales tunc tantum probant, si recta linea alios terminos finales respiciunt." *Myler* Metrologia cap. 14. §. 19. nr. 6. *Krebs* de ligno et lapide P. 2. p. 195. nr. 6. Struben rechtl. Bed. Thl. 5. Bed. 81.

[17]) Struben a. a. O. *Stryck* Us. mod. tit. fin. reg. § 5. nr. 2.

Am besten wählt man zur Bezeichnung der Grenze solche Arten von Bäumen, die in dieser Gegend nicht gewöhnlich sind. Uebrigens scheinen Bäume zu Grenzmälern nicht sonderlich tauglich zu seyn, da sie vergänglich sind, beschädigt, umgehauen werden können und also ihre Bestimmung nicht erfüllen [18].

Oftmals werden die Grundstücke d) durch Gräben geschieden. Als Grenzgräben werden sie erkannt durch ihre größere Breite und Tiefe oder daran, daß in dieser Gegend zur Abtrocknung des Ackers kein Graben nöthig ist, wenigstens kein solcher, oder daß schon andere Gräben zu diesem Zwecke in der Nähe sind [19]. Indessen kann freilich ein Graben auch den doppelten Zweck haben, die Grenze zu bilden und das überflüssige Wasser aufzunehmen.

Ob Grenzmäler und namentlich Grenzsteine und wo sie vorhanden und ob sie echt sind, muß durch Besichtigung an Ort und Stelle ausgemittelt werden; die Steine müssen gehoben werden, um zu sehen, ob es sind lapides ova habentes; überhaupt müssen die Merkmale aufgesucht und beschrieben werden, aus denen zu schließen ist, daß an dieser Stelle die Grenze sey — oder das Gegentheil. Daß dabei Kunstverständige,

---

18) Von arboribus finalibus bei den Römern s. *Siculus Flaccus* apud *Wilh. Goesium* p. 4.

19) *Siculus Flaccus apud Goesium* p. 12. — Ergo, ut saepe diximus, quaedam ex consuetudine regionum, quaedam ex natura loci colligi possunt. Nam et de fossis idem sentimus. Si enim non sit necessitas agri siccandi, nec non in vicinis fossae inveniantur, possunt videri finales, non intervenientibus, quae erunt, viis, quibus ambigatur secundum regionum consuetudinem esse finales.

nämlich beeidigte Landmesser, zuzuziehen, mit deren Hülfe die Wahrnehmungen zu machen, und daß diese zu Protocoll zu verzeichnen sind, versteht sich. Auch darf der Richter nicht versäumen, die streitige Gegend, so weit es nöthig ist, durch einen Riß anschaulich zu machen, oder die Richtigkeit eines bei den Akten schon befindlichen bei dieser Gelegenheit zu prüfen.

Gesetzt nun auch, daß die Steine, Bäume u. s. w., Zeichen an sich tragen, daß man sie für Grenzmäler erkennen muß, oder dieses aus anderen Merkmalen zu schließen ist; so scheint es doch, daß dadurch allein der Beweis der Grenze noch nicht vollständig geführt sey. Sie werden zwar errichtet, damit sie über die Grenzen Auskunft geben sollen; aber wer sieht es ihnen an, ob sie nicht mit diesen Zeichen unbefugter Weise an diese Stelle gesetzt sind? Es scheint also, daß, um die Grenze zu beweisen, nöthig sey, daß aus der Aussage von Zeugen oder aus Urkunden, am besten öffentlichen, erhelle, daß diese Steine mit Vorwissen und Einstimmung der Nachbarn an diese Stelle gesetzt sind [20]); woraus

[20]) Es ist daher rathsam, wenn die Grenzmäler errichtet werden, daß man sie beschreibe, und die darüber doppelt ausgefertigte Urkunde von den Grenznachbarn und den zugezogenen Kunstverständigen unterschrieben wird. In derselben Beschreibung ist jedes Grenzmal, dessen Bezeichnung und Stellung, die Entfernung desselben von einem bekannten Gegenstande, die Weite des Abstandes von dem andern Grenzmal so anzugeben, daß man aus dieser Beschreibung im Stande ist, genau den Punkt wieder aufzufinden, wo jedes stehen oder gestanden haben muß. (*Oettinger* de jure limitum lib. 1. cap. 19. nr. 7. et 8. S. auch *Stryck* Us. mod. tit. fin. reg. §. 6. et 10.) Ein Formular dazu bei *Oettinger* c. 1. nr. 9. Es kann

dann folgen würde, daß sie an sich selbst mehr geschickt sind, die Grundstücke zu unterscheiden und den Grenzzug anzuzeigen, als diesen zu beweisen. Indessen, wenn dieses Grenzmal von Alters her an dieser Stelle gestanden hat und dieses zugestanden oder ausgemittelt ist, so ist es doch höchst wahrscheinlich, daß hier wirklich die Grenze gehe, weil sonst die Nachbarn wol widersprochen haben würden.

Die Rechtsgelehrten scheinen übrigens den Grenzmälern volle Beweiskraft beizulegen, indem sie selbige theils simpliciter zu den Mitteln zählen, wodurch die Grenzen bewiesen werden, theils geradezu behaupten, daß durch sie die Grenzen vollständig bewiesen werden können. So lehrt z. B. Struv (Synt. tom. 1. p. 893.): Lapis rite positus in probandis finibus plenam habet fidem etc. [21]. —

---

auch nicht schaden, von Zeit zu Zeit die Grenzmäler nachzusehen, ob sie noch an der alten Stelle stehen. (*Stryck* c. l. §. 11.)

[21]) Man pflegt sich deshalb zu berufen auf *L.* 11. *D. fin. reg.* In finalibus quaestionibus vetera monumenta, census auctoritas ante litem inchoatam ordinati sequenda est: modo si non varietate successionum et arbitrio possessorum fines, additis vel detractis agris, postea permutatos probetur, und auf *L.* 2. *C. fin. reg.* Successionum varietas et vicinorum novi consensus, additis vel detractis agris alterutro, determinationis veteris monumenta saepe permutant. Der Sinn dieser Stellen, wenigstens der erstern, ist für uns schwer, vielleicht gar nicht verständlich. Monumentum ist alles, was dazu bestimmt ist, das Andenken an etwas, an eine Begebenheit zu erhalten, oder auf die Nachwelt zu bringen. *Brisson.* de V. S. h. v. Es könnten also auch Urkunden damit gemeint seyn, wie sie wirklich an einigen Stellen, z. B. L. 31. C. de donat. damit gemeint werden. Hier scheinen indessen Grenzmä-

Was die Art der Beweisführung betrifft, so kann der Beweis entweder geführt werden auf eine natürliche oder auf eine künstliche Art. Auf eine künst-

---

ler darunter verstanden zu werden. S. die Constitution des Kaisers Tiberius, welche mit den Worten anhebt: *De ea lege cusndienda* u. s. w., beim *Frontio.* Leicht kann es dann seyn, daß unter den veteribus monumentis unter öffentlicher Autorität errichtete Grenzmäler zu verstehen sind, welche nach L. 10. D. de prob. der Aussage von Zeugen vorgehen. Dort heißt es: Census et monumenta *publica* potiora esse testibus, Senatus censuit. Besonders kommt es hier darauf an, was unter Census zu verstehen sey. Das Wort hat mancherlei Bedeutungen. 1. Alle 5 Jahre mußten die Römer vor dem Censor erscheinen, ihr Vermögen angeben und eidlich schätzen, damit sie nach Verhältniß der Größe desselben in Kriegszeiten besteuert würden. Der Censor ließ diese Angaben durch seine Schreiber niederschreiben, und diese Schrift hieß der Census. *Theophil.* paraphr. graeca §. ult. I de libertinis. Diese Art von Vermögensangabe hörte mit Vespasian auf. *Censorin.* de die nat. cap. 18. *Hein.* not. ad *Brisson.* de V. S. sub voce *censere.* Das Amt der Censoren fand schon Tiberius seiner Zeit nicht mehr angemessen *Tac.* Ann. II. 33. 2. Das Vermögen selbst L. 16. pr. D. Ad SCtum Trebell. L. 27. §. ult. D. de episc aud. L. 7. C. qui bon. ced. 3. Die nach Maßgabe der Größe des Vermögens zu erlegende Abgabe. L. un. C. de capit. civium censibus eximenda. 4. Die Schätzung der Güter zum Behuf der darnach zu erlegenden öffentlichen Abgaben. Diese Schätzung geschieht nach neuerm römischen Recht vor dem Censitor, dessen Geschäft es ist, dafür zu sorgen, daß Niemand zu hoch oder zu niedrig besteuert wird. Tit. C. de censibus et censitoribus et peraequatoribus et inspectoribus. Vor ihm gibt jeder seinen Namen, Familienglieder, die Größe seines Vermögens an, besonders auch die liegenden Gründe, deren Lage, Größe, die Nachbarn u. s. w. L. 4. D. de censibus. *Perez* ad tit. C. de censibus nr. 2. sq. (Im

liche Art geschieht es a) durch die Lage, und b) durch die Größe. Nämlich wenn die Urkunden beweisen, daß dieser Acker eine bestimmte Größe gehabt habe, und

---

Fall der Censitor Mißtrauen hegte, sandte er den Peräquator zur Berichtigung derselben an Ort und Stelle. L. 3. C. de censibus. *Perez* c. l.) — Um nun zu der vom Modestin herrührenden Pandectenstelle zurück zu kehren, so versteht man unter dem Ausdruck *census* hier den *liber censualis*. So erklärt ihn schon *Brisson.* de V. S. h. v. Leoninus (Emend. lib. 2. cap. 8. nr. 5. et 6.) will, statt *ordinati*, gelesen wissen *ordinatim* i. e. *servato ordine*, und bezieht die Stelle auf den *agrimensor* und das von ihm zur Ausmittelung der Grenzen zu beobachtende Verfahren. Dann setzt er Folgendes hinzu: In constituendis finibus non solum ordines locorum et recturas, ut vocant, observare convenit: verum etiam vetera monumenta, quae magnum perennitatis testimonium habent, et cardinibus et decumanis (juxta L. Semproniam et Juliam) monstrantur (L. de ea lege, quae est Tiberii caesaris et apud Frontinum exstat). Et si in his monumentis et forma cujuslibet agri obscuritas inveniatur, ita ut limitum rectura non consistat, ad auctoritatem census et sanctuarium Principis, ut Siculus Flaccus scribit de conditionibus agrorum, recurrendum est: in quo habentur omnium agrorum et divisorum et assignatorum formae et divisiones. Solentque agrorum formae aereis tabulis comprehendi et publico loco affigi, quas qui refixerit, ex Venulei sententia lege Julia Peculatus tenetur. (*L. 8. pr. D. ad Legem Juliam Peculatus.* Qui tabulam aeream Legis, formamve agrorum aut quid aliud continentem refixerit vel quid inde immutaverit, lege Julia Peculatus tenetur.) Nach der Meinung des Leoninus wäre hier also ein doppeltes Beweismittel an die Hand gegeben, nämlich zunächst das Grenzmal und *in subsidium* der Census. Die Stelle des Siculus Flaccus scheint nur zu ergeben, daß bei gewissen, den Soldaten ausgetheilten, Ackerstücken, wenn über die

nun der eine Nachbar mehr, der andere so viel weniger hat. Es kann freilich, was der eine zu viel oder zu wenig hat, einem Dritten entzogen seyn, indessen, wenn

---

Grenzen Streit entstand, man nur seine Zuflucht zu dem Archiv des Prinzeps nehmen, und den darin über jedes solche Ackerstück vorhandenen, unter öffentlicher Autorität aufgenommenen, Riß und die Beschreibung des Agrimensor nachsehen dürfe. Quodsi quis contradicat, heißt es bei Siculus Flaccus, sanctuarium Caesaris respici solet. Omnium enim agrorum et *divisorum* et *assignatorum* formas, sed et divisionem et commentarios et principatus in sanctuario habet. *Forma* erklärt W. Gösius (Notae in rei agrar. auctores legesque varias p. 135.) durch Abriß oder tabula aerea vel cujuslibet generis alia, metatum agrum exhibens, und *Commentarius* sey liber a mensore confectus, latius explicans, quae notis, lineis, litteris singularibus isti tabulae inscripta sunt. Die Stelle des Siculus Flaccus scheint zur Erklärung der Pandectenstelle von keinem Werth zu seyn. Es ist darin überall nicht von Grenzmälern, die zunächst, noch vom Census, der in subsidium über die Grenzen Auskunft geben soll, die Rede. Wenn wir auf die Pandectenstelle selbst sehen, so sollte man nach der ganzen Fassung derselben versucht seyn, dafür zu halten, daß die Worte: *census auctoritas ante litem ordinatam sequenda est*, einen, von Tribonian eingeschobenen, erklärenden und näher bestimmenden Zusatz des Vorhergehenden enthalten sollen. Vielleicht gehörte es zu den Geschäften der Censitoren, Grenzen anzuweisen und Grenzmäler aufrichten zu lassen. Bekanntlich sagt Pomponius von den Flüssen: Flumina enim *censitorum* vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum. (Sie waren berechtigt, wegen nicht bezahlter öffentlicher Abgaben die Grundstücke *jure pignoris* zu verkaufen. L. 5. §. 3. D. de censibus. L. penult. D. de rescind. vend.) Vielleicht sind unter den *veteribus monumentis* die in Erz gegrabenen formae gemeint. Vielleicht soll bei-

dem einen gerade so viel fehlt, als der andere zu viel hat, ist es doch sehr wahrscheinlich, wie das Plus des einen das Minus des andern sey. Vielleicht ließe sich L. 7. D. fin. reg. hierher ziehen. De modo agrorum, bemerkt Modestinus, arbitri dantur: et is, qui majorem locum in territorio habere dicitur, caeteris, qui minorem locum possident, integrum locum assignare compellitur. Idque ita rescriptum est. Der Sinn dieser Stelle ist sehr zweifelhaft. Indessen gefällt mir die einfache Erklärung der Glosse doch noch besser, als die gekünstelte des W. Gösius, wobei dem Text zuvor Gewalt angethan wird. Tribonian soll auf eine schändliche Art die Worte des Modestinus verändert und seinen Sinn entstellt haben. Modestinus hat, wenn man dem W. Gösius glauben will, geschrieben und nicht anders schreiben können, als: Is, qui minorem locum in territorio habere dicitur, caeteris, qui majorem locum possident, assignare compellitur. Es käme also etwa ein entgegengesetzter Sinn heraus und die Regel läge, wie Gösius meint, dabei zum Grunde, bei gleichartigen Dingen zieht das Größere das Geringere an sich.

---

des *conjunctim* beweisen; die monumenta und der census. — Fornerius gibt eine Erklärung der Stelle des Modestinus, die noch undeutlicher ist, als die Stelle selbst. S. *Forner.* select. lib. 3. cap. 2. (*Otto* thes. jur. Rom. tom. 2. p. 84. 85.)

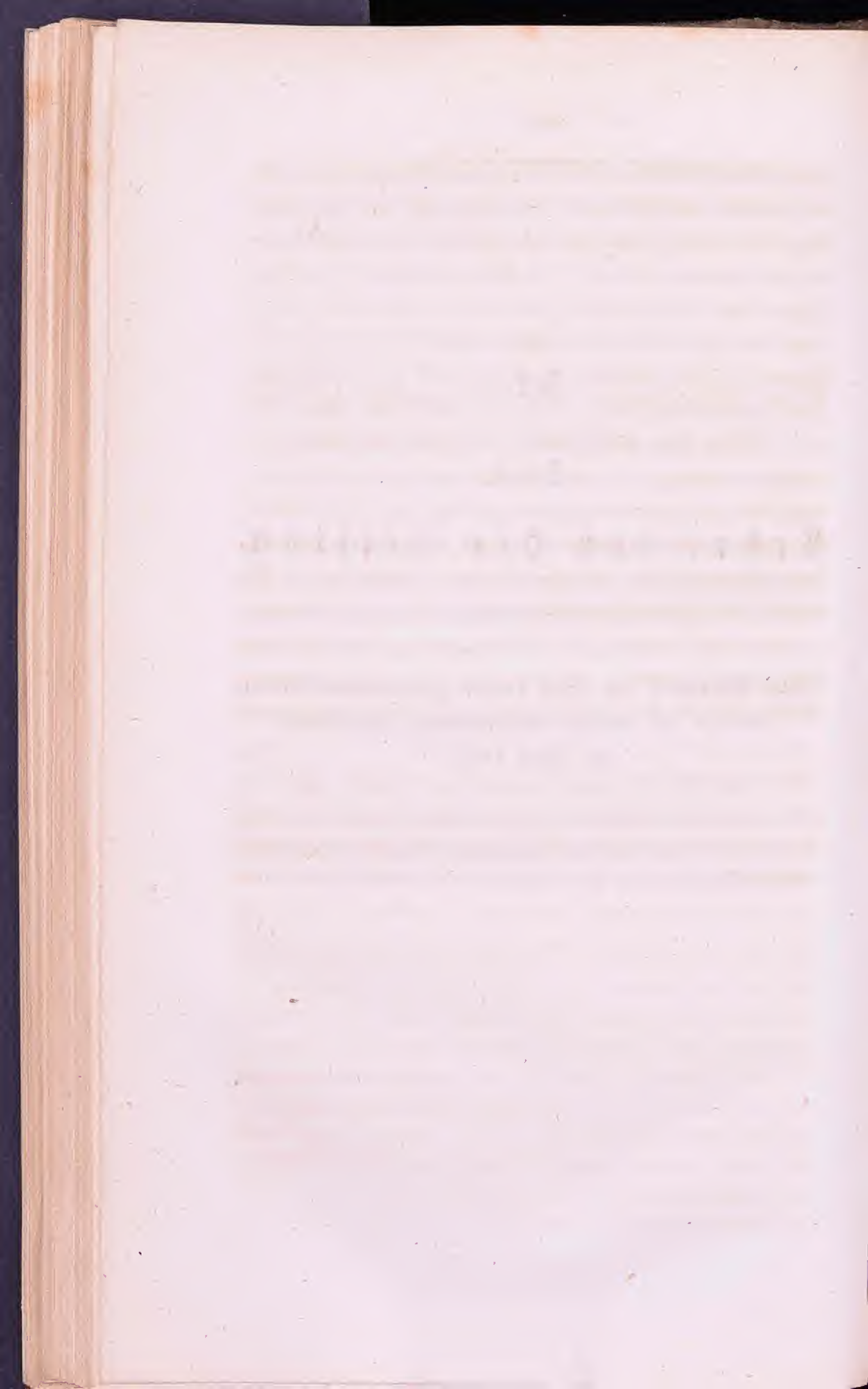
[illegible]

XI.

Zur

Lehre von der Cession.

(Mit Ausschluß der schon früher geschriebenen dritten, wurden die übrigen Abhandlungen geschrieben im März 1826.)



1.

Vom Uebergange der Nebenrechte bei veräußerten persönlichen Forderungen.

Es gibt gewisse Rechte, die keine Selbstständigkeit haben, sondern sich andern Rechten anhängen. Ich meine das Pfandrecht und das Recht gegen den Bürgen.

Erstens folgen sie im Allgemeinen dem Hauptrechte, der Forderung, dem *jus nominis*, und gehen zugleich mit ihm auf den Erwerber über. [1]). Fragt man

[1]) *L. 6. Cod. de obligat. et act.* Si in solutum nomen debitoris sui debitor tibi dedit tuus, ac te in rem tuam procuratorem fecit: pignora, quae specialiter vel generaliter habes obligata, persequere. *L. 7. Cod. eod.* Si a creditore nomen comparasti, ea pignora, quae venditor nominis persequi posset, apud Praesidem Provinciae vindica: nam si debitum ex ejus persona res tibi obligatas tenentes non transferant, jure communi pignora distrahere non prohiberis. *L. pen-ult. C. de hered. vel act. vend.* Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto vel utilis, secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur. *L. 6. D. de hereditate vel act. vend.* Emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet, ejus quoque, quod postea venditor accepit; nam beneficium venditoris prodest emtori.

aber, wie der Uebergang geschieht, auf welche Art die Hypothek und überhaupt die Nebenrechte an den Cessionar gelangen, so finden wir, daß die Ausleger darüber verschiedene Meinungen hegen. Anton Faber [2]) lehrt, es bedürfe dazu einer besondern Cession, und beruft sich auf L. 6. D. de hereditate vel act. vend. Sichard [3]) und Perez [4]) scheinen eine besondere Cession nicht für nöthig zu halten. Sande sucht die Sache durch mancherlei ungegründete Unterscheidungen aufs Reine zu bringen [5]). Nach Lauterbach [6]) gehen *actiones utiles* von selbst auf den Erwerber über; um aber mit *actionibus directis* klagen zu können, bedarf es einer besondern Cession, oder kann es derselben bedürfen. Denn actiones *directae* gehen wenigstens, wie er sich ausdruckt, *non semper* auf den Erwerber über, wobei er hinzu setzt, *nisi hypotheca ipsi actioni natura vel tacite cohaereat, ut in actione pro dote repetenda.*

Der Natur der Sache nach scheint es einer besondern Abtretung und eines besondern Auftrags zur Geltendmachung der Nebenrechte nicht zu bedürfen, und der Erwerber sie daher auch nicht fordern zu können. Es scheint vielmehr, daß sie das Schicksal des Hauptrechts theilen müssen, und daß, wenn das Haupt-

---

[2]) Cod. def. forens. lib. 4. tit. 29. def. 11. nr. 9.

[3]) Ad leg. 6. C. de obligat. et act.

[4]) Ad tit. Cod. de obligat. et act.

[5]) De act. cess. cap. 8. nr. 31. sq.

[6]) Coll. theor. pract. lib. 18. tit. 4. §. 38.

recht veräußert ist, der Erwerber eben dadurch auch das Recht erlangt habe, die Nebenrechte geltend zu machen, und zwar mit actionibus directis, wenn ihm Auftrag ertheilt ist, (das Hauptrecht vor Gericht geltend zu machen) und mit actionibus utilibus ohne Auftrag. Es kann zwar nützlich seyn, die Nebenrechte besonders abzutreten; aber nöthig scheint es im Allgemeinen nicht zu seyn. Die Unterscheidung zwischen actionibus utilibus und directis kann, wie es scheint, in Ansehung der Nebenrechte gar nicht in Betrachtung kommen; denn, wenn es eines besonderen Auftrags zur Geltendmachung des Nebenrechts vor Gericht bedürfte, um mit der *actio directa* klagen zu können, so würde es auch einer besonderen Abtretung der Nebenrechte bedürfen, um mit der *actio utilis* klagen zu können. Die L. 6. D. de hered. vel act. vend. lehrt bloß, daß auch die hypothekarische Klage dem Erwerber cedirt werden, nicht aber, daß dieß besonders geschehen müsse. Sie sagt bloß, daß der Auftrag gegeben werden müsse und läßt die Art, wie dieß geschehen muß, dahin gestellt seyn. Auf eben diese Art läßt sich, was mit ähnlichen Worten von der Bürgschaft gelehrt wird [7]), erklären. Hingegen scheint aus andern Stellen, namentlich aus L. 6. Cod. de obl. et actionibus, hervorzugehen, daß es an der bloßen Abtretung des Hauptrechts, und in so fern der

[7]) *L. 23. pr. D. de hered. vel act. vend.* Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne jus, quod ex ea causa ei competit, tam adversus ipsum reum, quam adversus intercessores hujus debiti cedere debet, nisi aliud actum est.

Erwerber im Namen des Veräußerers klagen will, an dem bloßen Auftrage in Ansehung der Hauptklage genug sey.

Allein — die Stelle sagt nicht ausdrücklich, daß es keiner besondern Cession bedürfe; sie bezieht sich auf einen besondern Fall, in welchem Auftrag gegeben war; dieser kann immer auf Anstellung der Nebenklage ausdrücklich mitgerichtet gewesen seyn, oder, welches mir wahrscheinlich ist, so allgemein gelautet haben, daß sie darunter begriffen war.

Ferner, um im Namen eines Andern klagen zu können, scheint es doch einer eigenen Autorisation und einer eigenen Willensbestimmung zu bedürfen. Denn, die Nebenrechte gehören zum Hauptrechte und haben keinen Werth ohne dieß; Jemand kann aber den Hauptschuldner belangen wollen, ohne die Bürgen oder Besitzer der Pfänder belangen zu wollen, und so umgekehrt. Selbst bei Abtretung des Hauptrechts wird es nöthig seyn, daß solche Ausdrücke gebraucht sind, daß die Nebenrechte, namentlich gegen die Bürgen, nicht für ausgeschlossen zu halten sind. Die ganze Idee des römischen Rechts scheint zu seyn: an wen das Hauptrecht und zwar nicht etwa mit Ausschluß des Nebenrechts veräußert ist, der kann von Rechtswegen auch begehren, daß ihm, außer der Hauptklage, die actio accessoria aufgetragen werde, und zwar braucht das wol gerade nicht besonders zu geschehen, es muß ihrer aber namentlich erwähnt werden, oder die Ausdrücke müssen sie mitumfassen; statt dessen kann er nach neuerm Rechte, gleich dem Hauptrecht, auch das Nebenrecht, ohne Auftrag, durch *actio utilis* geltend machen, vorausgesetzt, daß es nicht etwa ausgenommen ist.

Außerdem kommen **zweitens** Fälle vor, wo Jemand abgesonderte Abtretung des Nebenrechts fordern kann, weil er das Hauptrecht schon früher abgesondert erworben hat. So kann der Fideicommissar, nachdem ihm schon die Erbschaft und somit die Forderung selbst abgetreten ist, begehren, daß der Fiduciar, welcher erbschaftliche Gelder verliehen und der sich Pfänder dafür bestellen lassen, die hypothekarische Klage cedire [8]).

2.

Beneficium cessionis der Bürgen.

Bürgen können bekanntlich begehren, daß der Gläubiger, wenn sie ihn befriedigen, ihnen dagegen seine Rechte abtritt, gegen den Hauptschuldner und gegen

---

[8]) *L. 73. pr. D. ad SCt. Trebellianum.* Si heres pecuniam hereditariam crediderit, et in eam causam pignora acceperit: actiones non competunt ei, cui restituta fuerit hereditas adversus ipsa pignora. Sed aliqua dubitatio remanebit, si in eum contractum, qui ex defuncto fuerit interpositus, heres antequam restitueret hereditatem pignus acceperit: sed nec sic quidem ipse admitteretur ex fideicommisso; tamen habet adversus heredem actionem, ut ei cedat pro pignoris commodo actionem. Scheinbar steht entgegen L. 21. pr. D. de fidejussoribus, wonach in solchen Fällen, wenn der Fiduciar sich einen Bürgen stellen ließ, die Klagen gegen den Bürgen auf den Fideicommissar übergehen. Hier ist nur im Allgemeinen gesagt, daß sie übergehen, die Art, wie dieß geschieht, ist hier aus andern Stellen zu ergänzen. So auch L. 22. D. de constit. pec.

die Mitbürgen. Sie können auch begehren, daß der Gläubiger ihnen sein Pfandrecht abtritt, wenn ihm ein solches bestellt ist.

Auffallend ist es, daß im Römischen Recht hauptsächlich nur von der Abtretung dieser Nebenrechte die Rede ist, die der Bürge fordern könne, und fast gar nicht von der Abtretung des Hauptrechts, so daß die Wirkung hervortritt, während die Quelle verborgen bleibt. Nur vom Mandator lehren Ulpian und Julian, daß er vor der Zahlung die Abtretung der Rechte des Gläubigers gegen den Schuldner fordern könne [9]). Hingegen in Hinsicht auf die eigentlichen Bürgen gibt es, meines Wissens, bloß eine einzige Stelle in den Pandecten, worin von einem solchen Recht die Rede ist, und auch hier kommt es mehr nur als ein Grund vor, wodurch die Möglichkeit der Abtretung der Nebenrechte erklärt wird. Außerdem ist nur noch die Rede davon in der vierten Novelle erstem Capitel, worin vom Bürgen und von andern, die ihm gleich stehen, namentlich dem Mandator, am Ende bloß bemerkt wird, er könne das Bezahlte vom Hauptschuldner wieder fordern, und hinzu wird gesetzt: *actionibus a credito-*

---

[9]) *L.* 28. *D. mandati. Ulpianus.* Papinianus libro tertio quaestionum ait: mandatorem debitoris solventem ipso jure reum non liberare; propter mandatum enim suum solvere, et suo nomine; ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere. *L.* 13. *D. de fidejussoribus. Julianus.* Si, mandato meo, Titio decem credideris et mecum mandati egeris: non liberabitur Titius. Sed ego ibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Item si cum Titio egeris, ego non liberabor; sed in id duntaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.

ribus sibi cessis; — was er aber auch außerdem zu thun berechtigt ist; so daß er dieses Mittels gewöhnlich nicht benöthigt ist. — Indessen ist leicht zu erklären, weshalb jenes Beneficium des Bürgen also in den Schatten gestellt wird. Der zahlende Mandator tilgt seine eigene Schuld und kann kraft eigenen Rechts auf den Hauptschuldner nicht zurückgehen; ihm ist die Abtretung der Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner Bedürfniß; anders verhält es sich mit dem Bürgen, als welcher, da er eine fremde Schuld tilgt und für den Hauptschuldner, an Stelle desselben, zahlt, gewöhnlich als Mandator oder negotiorum gestor und kraft eignen Rechts seinen Regreß zu nehmen befugt ist. Für den Bürgen ist es also so wichtig nicht, daß der Gläubiger ihm seine Rechte gegen den Hauptschuldner abtritt. Hingegen ist ihm sehr daran gelegen, daß der Gläubiger ihm seine Rechte gegen die Mitbürgen abtritt. Denn, da die Mitbürgen unter einander sich zu nichts verbindlich gemacht haben, kann er sie, die mit ihm nichts zu schaffen haben, aus eigenem Recht nicht belangen; nur ex jure cesso des Gläubigers kann er sie nöthigen, zur Tilgung der Schuld an ihrem Theil beizutragen [10]. Auf eben die Art kann er auch nur das dem Gläubiger, nicht ihm, bestellte Pfandrecht, als Stellvertreter desselben, geltend machen.

Es scheint aber eine Abtretung der Rechte des Gläubigers, wie gegen den Hauptschuldner, also auch gegen die Mitbürgen, ingleichen die Pfandbesitzer, unmöglich zu seyn. Denn, wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt, so wird ja die Hauptverbindlichkeit ge-

---

[10]) L. 39. D. de fidejussor.

tilgt; folglich erlischt auch die accessorische Verbindlichkeit der Bürgen und Pfänder. Wie kann sie also zugleich erlöschen und sich wirksam erweisen: wie kann der Gläubiger das Hauptrecht beibehalten, es veräußern, Auftrag zur Klage geben, wenn er befriedigt ist; wie kann der zahlende Bürge Rechte gegen die Mitbürgen oder gegen die Besitzer des Pfandes geltend machen, die zugleich mit dem Hauptrecht erloschen sind?

Indessen muß man wissen, daß durch die Handlung des Bürgen die Verbindlichkeit nicht wirklich getilgt wird; sie ist nämlich nicht als Zahlung zu betrachten, sondern als Ankauf der Forderung.

> *L. 36. D. de fidejussoribus.* Cum is, qui et reum et fidejussores habens, ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones: poterit quidem dici nullas jam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt; sed non ita est. Non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.

In der That ist es nicht nur ein Kauf, sondern kann auch nichts anders seyn, als ein Kauf, wenn nämlich der Bürge an die Stelle des abgefundenen Gläubigers treten und seine Rechte wahrnehmen soll: nur durch diese Ansicht ist die ganze Handlung aufrecht zu erhalten; nur unter dieser Ansicht ist die Handlung als eine rechtliche möglich; denn, wenn es Zahlung wäre, wie man sich auch anstellen möchte, der Hauptschuldner würde nothwendig von der erloschenen Verbindlichkeit befreit und in Folge dessen würden auch Bürgen und Pfänder frei werden.

Es entsteht hierbei die Frage, ob der Bürge, indem er zahlt, sich die Abtretung der Rechte des Gläubigers ausbedingen müsse. Hält man sich strenge an die Worte des Paulus, so scheint dieß, in Hinsicht auf das Hauptrecht, nicht nöthig zu seyn. Denn Paulus lehrt nicht, daß der Bürge die Abtretung der Rechte des Gläubigers gegen den Schuldner fordern könne; sondern nach den Worten des Paulus, sind sie ihm bereits verkauft. Es scheint also, daß sie *ipso jure* als abgetreten anzusehen sind und es keiner besonderen Abtretung ihrer bedürfe.

Allein wir müssen hier hinzudenken, was Paulus als etwas sich von selbst Verstehendes hinzu zu setzen nicht für nöthig fand, oder was wenigstens der Zusammenhang des Rechtssystems hinzu zu denken nothwendig macht, nämlich, daß der Bürge die Abtretung der Rechte vor der Zahlung begehrt habe.

Denn erstens spricht die Natur der Sache dafür. Es kommt hier ja auf die Absicht und den Willen der Handelnden an und daß sie ihre Meinung offenbaren. Der Bürge muß nicht wirklich zahlen, sondern Kaufgeld erlegen, der Gläubiger nicht Zahlung, sondern Kaufgeld, empfangen wollen. Der Bürge muß also vor der Zahlung sein Verlangen zu erkennen geben, daß der Gläubiger ihm seine Rechte abtreten solle; dieß wird genügen, und der Gläubiger muß damit einverstanden seyn, und wenn er es nicht ist, hat der Bürge nicht nöthig, zu zahlen, sondern kann durch Vorenthaltung der Zahlung den Gläubiger zum Verkauf nöthigen; nach der Zahlung, nämlich einer wirk-

lichen oder simpliciter geschehenen, würde der Gläubiger wider seinen Willen Rechte abzutreten nicht nöthig haben, ja auch bei dem besten Willen würde er dazu nicht einmal im Stande seyn.

Diese Ansicht scheint nun noch zweitens durch mehrere Stellen des Römischen Rechts ihre Bestätigung zu finden; nämlich zuvörderst durch diejenigen, welche den Bürgen berechtigen, von dem Gläubiger die Abtretung der Nebenrechte gegen die Mitbürgen und Pfandinhaber, und zwar ebenfalls vor der Zahlung, zu begehren. Von diesen Nebenrechten kann man, denke ich, mit Sicherheit auf das Hauptrecht zurückschließen. Oder soll etwas anderes von dem Hauptrecht gelten, und etwas anderes von den Nebenrechten? Soll das Hauptrecht als von Rechtswegen verkauft angesehen werden und die Nebenrechte, die dem Hauptrechte folgen, müßten durch Willensbestimmung der Interessenten es erst werden? Nach Julianus sind die Nebenrechte nicht schon verkauft, sondern der Bürge kann den Gläubiger (durch Vorenthaltung der Zahlung) nöthigen, daß er sie ihm verkaufe. Er bemerkt nämlich *L.* 17. *D. de fidejussoribus*: Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, *vendere* caeterorum nomina. Und hat er ihn nicht vor der Zahlung dazu genöthigt, so kann er gegen die Mitbürgen nicht klagen, wie folgende Stelle des Modestinus zu beweisen scheint. *L.* 39. *D. de fidejussor.* Ut fidejussor adversus confidejussorem suum agat, danda actio non est: ideoque si ex duobus fidejussoribus ejusdem quantitatis, cum alter electus a creditore totum exsolvet, nec ei

cessae sint actiones; alter nec a creditore, nec a confidejussore convenietur [11]).

Ferner drittens beweiset meinen Satz eine Stelle des Codex, welche ergiebt, daß der Bürge auf das dem Gläubiger bestellte Pfandrecht dann Ansprache zu machen habe, wenn in concreto die Hauptforderung durch Kauf auf ihn übergegangen, was also nicht immer, nicht schon von selbst, der Fall ist; oder, um noch genauer die Ausdrücke der Stelle wiederzugeben, wenn in concreto die Zahlung von Seiten des Bürgen in der Art bewerkstelligt worden, daß er dadurch die Forderung des Gläubigers an sich gekauft hat. *L.* 14. *Cod. de fidejussor.* Mandati actio personalis est, quae si nomine fidejussoris, vel adversus debitorem, seu heredes ejus competit: Praeses Provinciae, quae deberi compererit, reddi jubebit. Pignora etenim, quae reo stipulanti nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemtione solutio celebrata est, vobisque mandatae sunt actiones. Quod si factum est: ea quoque vobis persequentibus adversus (pignorum) possessores extraordinariam jurisdictionem idem vir Clarissimus impertietur.

Dazu kommt ferner viertens die Novelle 4. Cap. 1., wonach der Bürge, wenn er den Gläubiger befriedigt hat und sich nun gegen den Hauptschuldner wendet und auf ihn zurück geht, mit der Klage klagen kann, die der Gläubiger ihm abgetreten oder

---

[11]) Aehnliche Aeußerungen in Hinsicht auf das Pfandrecht kommen vor L. 13. Cod. de locat. et conduct. L. 2. Cod. de fidejussoribus L. 11. L. 21. Cod. eodem.

aufgetragen hat, die ihm also, wie wir daraus schließen können, nicht schon ipso jure zusteht.

Endlich fünftens lehrt Justinian, es werde der Hauptschuldner, wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt, seiner Verbindlichkeit entledigt. Die Zahlung des Bürgen tilgt also, nach Justinian, die Verbindlichkeit [12]). Und Paulus — lehrt, sie werde dadurch nicht getilgt. Wie ist dieß zu vereinigen? Wie anders, als dadurch, daß wir annehmen, an und für sich, oder wenn die Zahlung, daß ich so sage, sich selbst überlassen bleibt, werde dadurch die Verbindlichkeit getilgt, was auch die natürliche Ansicht ist. Soll sie nicht getilgt werden, so muß man der Zahlung oder vielmehr der Verbindlichkeit unter die Arme greifen; es muß etwas vorgehen, was geschickt ist, sie, ungeachtet der Gläubiger befriedigt wird, aufrecht zu erhalten. Die Zahlung muß nicht wirklich als Zahlung, sondern als Kauf erscheinen, und dieß kann sie nicht anders, als wenn Gläubiger und Bürge darüber mit einander einverstanden sind. Auf solche Art werden Paulus in den Pandecten und Justinian in den Institutionen mit einander vereinigt, zwischen denen sonst ein nicht zu lösender Widerspruch herrschen würde.

Damit ist zugleich die Meinung derjenigen widerlegt, welche annehmen, daß die Cession auch noch nach der Zahlung geschehen könne. Auftrag zur Klage, wenn es dem Bürgen darum zu thun ist, könnte freilich auch nach der Zahlung gegeben und gefordert werden, vorausgesetzt, daß die Abtretung der Rechte der Zahlung vorangegangen wäre. Aber, eine Cession in

---

12) Pr. I. quibus modis | tollitur obliegt.

diesem Sinne meinen die Rechtsgelehrten nicht, sondern ihre Meinung geht dahin, daß der Bürge auch nach der Zahlung Abtretung von Rechten fordern könne, — die bereits erloschen sind. Das ist eine reine Unmöglichkeit. Er muß den Uebergang dieser Rechte vor der Zahlung begehren; dann erlöschen sie nicht. Ich will mich aber bei der Widerlegung einer Meinung länger nicht aufhalten, deren Verwerflichkeit für Niemanden, der das Vorhergehende mit Aufmerksamkeit gelesen hat, auch nur einen Augenblick zweifelhaft seyn kann [13].

[13]) Zu denjenigen, welche mit Eifer die Meinung vertheidigen, daß die Cession auch nach der Zahlung geschehen könne, gehört namentlich Janus a Costa (ad §. 4. I. de fidejussor.). Die L. 28. D. mandati, wodurch er seinen Beweis zu führen sucht und die vom Mandator handelt, läßt sich auf den Bürgen nicht anwenden. S. alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten, S. 189. Aber selbst vom Mandator ist es noch einigermaßen zweifelhaft, ob er nach der Zahlung die Cession fordern könne. Den Zweifel erregt die gewöhnlich und auch von Janus a Costa übersehene, oben in der Note angeführte, Stelle des Julianus, wonach auch der Mandator berechtigt ist, den Gläubiger durch Vorenthaltung der Zahlung zur Abtretung der Forderung zu nöthigen Es spricht zwar der von Papinian angeführte Grund, daß nämlich die Verbindlichkeit schon ipso jure bei Kräften erhalten bleibt, obgleich der Mandator den Gläubiger befriedigt, dieser Grund spricht oder scheint vielmehr für den Mandator zu sprechen. Denn, wenn wir die Sache schärfer ins Auge fassen, spricht jener Umstand doch nur für die bloße Möglichkeit einer spätern Cession. Hingegen scheint der Mandator kein anderes Mittel in Händen zu haben, den Gläubiger zur Cession zu zwingen, als Vorenthaltung der Zahlung. Indessen hat der Gläubiger vermöge Auftrags das Recht erworben, und daher scheint es wieder, daß er aus dem Auftrage zur Cession genöthigt werden könne, nämlich auch nach der Zahlung.

Aber ein ganz anderer Zweifel ist mir aufgestoßen. Nämlich wenn von Abtretung der Nebenrechte, des Rechts gegen den Mitbürgen und des Pfandrechts, die Rede ist, erscheinen sie nicht in Gesellschaft des Hauptrechts und als Folgen und Begleiterinnen desselben, sondern sie erscheinen als selbstständig, als so etwas, was der Bürge fordern kann, ohne daß von dem Hauptrecht dabei die Rede wäre, gleichsam, als bliebe dieses ganz aus dem Spiel, und als bedürfte es der Abtretung des Hauptrechts nicht.

Nachdem ich, dieß Räthsel zu lösen, bald auf diese, bald auf jene Hypothese gerathen war, bin ich endlich bei dieser stehen geblieben. Nämlich, ich erkläre mir die Sache so: Gegen den Hauptschuldner kann der Bürge schon von selbst klagen, aber nicht gegen die Mitbürgen, und nicht gegen die Pfandinhaber. Es ist ihm also nur daran gelegen, daß ihm die Rechte gegen die Mitbürgen und die Besitzer der Pfänder abgetreten werden. Eben dadurch aber, daß der Bürge sein Verlangen zu erkennen gibt, daß der Gläubiger ihm seine Rechte gegen die Mitbürgen, oder daß er ihm seine Rechte gegen die Pfandbesitzer abtrete, gibt er auch zugleich *tacite* sein Verlangen zu erkennen, daß die Hauptverbindlichkeit fortdauern und nicht durch Zahlung getilgt seyn soll, weil das Eine ohne das Andere nicht möglich seyn würde, wiewol er des Hauptrechts für seinen Zweck gewöhnlich nicht bedarf, weshalb auch nur der Nebenrechte erwähnt wird. Er will also, ohne es ausdrücklich zu erklären, daß auch das Hauptrecht auf ihn übergehe, oder wenigstens durch das fort-

dauernde Hauptrecht das Nebenrecht getragen werden soll.

Dreierlei ist vom beneficio cessionis noch zu bemerken.

1) Der Bürge, der davon Gebrauch machen will, muß das Ganze zu zahlen bereit seyn [14]. Daher kann es, in Hinsicht auf die Mitbürgen, nicht neben dem beneficio divisionis geltend gemacht werden; sondern vielmehr nur, wenn er vom beneficio divisionis keinen Gebrauch machen kann oder will, kann der belangte Bürge Abtretung der Rechte gegen die Mitbürgen fordern [15].

2) Ist die Abtretung der Rechte von Seiten des Gläubigers geschehen, und klagt der Bürge ex jure cesso gegen den Mitbürgen, so muß er sich gefallen lassen, daß dieser ihm seinen Kopftheil in Abzug bringe. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde der vom Bürgen belangte Bürge schlimmer daran seyn, als der vom Gläubiger belangte; ihm würde das beneficium divisionis entzogen werden; jetzt übt er es auf einem andern und zwar dem kürzesten Wege aus. Selbst, wenn dem Mitbürgen das beneficium divisionis nicht zusteht, kann doch der Bürge von ihm seinen eigenen Antheil nicht mitfordern. Abtreten muß zwar der Gläubiger, wie die Rechtsgelehrten annehmen, seine Rechte an den Bürgen in solidum; aber von dem Bürgen gegen die Mitbürgen können sie nicht *in solidum* mit Erfolg ausgeübt werden [16].

---

[14]) L. 17. D. L. 11. C. de fidejussor.

[15]) *Voet* ad h. tit. D. §. 27.

[16]) S. *Mevius* p. 9. dec. 31.

3) Kann von ihm, wenn er ex jure cesso klagt, der belangte Mitbürge begehren, daß er ihm wieder seine Rechte abtrete gegen den Hauptschuldner und gegen die Mitbürgen [17]). Er tritt hier ja in die Stelle des Gläubigers, klagt als Cessionarius an Stelle des Cedenten, und muß sich daher auch gefallen lassen, daß ihm die Einreden entgegen gesetzt werden, deren sich der Beklagte gegen den Cedenten hätte bedienen können. Auch wird auf diesem Wege unter den Mitbürgen Gleichheit hergestellt oder vielmehr bewirkt, daß keine Ungleichheit entstehe.

3.

Von der Veräußerlichkeit dinglicher Ansprüche.

Daß persönliche Rechte von der Person des Berechtigten auf einen Dritten, nach der Strenge des Römischen Rechts, nicht übertragen werden können, und wenn dergleichen an einen andern veräußert sind, dieser nur fordern könne, daß der Veräußerer ihm seine Klage auftrage, damit er die Forderung als Procurator (in rem suam) geltend mache, daß er indessen nach neuerem Römischen Recht ohne diesen Umweg mit einer actio utilis in eigenem Namen klagen könne, welche mit der actio directa von gleicher Kraft und Wirksamkeit ist

[17]) *Hartmann Pistor.* p. 1. qu. 48. in fine. *Lauterbach* tit. de fidejussor. §. 54.

ist [18]) — das sind Sätze, worüber die Ausleger des Römischen Rechts so ziemlich einverstanden sind.

Es reden aber die Ausleger, wenn sie von dieser Materie handeln, nicht sowol von der Veräußerung persönlicher Rechte, sondern von der Veräußerung persönlicher Klagen. Aber läßt sich bei persönlichen Forderungen das Recht von der Klage trennen, ist es nicht vielmehr bloß eine andere Sprachform, zu sagen Klage (actio) statt erzwingbares Recht? Wenn Jemand an einen Andern eine Forderung veräußert, was thut er anders, als daß er ihm mit dem Recht, was ihm aus Verträgen oder sonstigen Gründen zusteht, zugleich die Macht veräußert, es bei Gericht geltend zu machen? Wenn man also auch beides von einander unterscheiden will, das Recht selbst und die Befugniß, es bei Gericht geltend zu machen, wie **Celsus** zu thun scheint, wenn er schreibt: Nihil aliud est actio, *quam jus*, quod sibi debeatur, judicio persequendi [19]); so zieht doch das eine das andere nach sich. Wirklich scheinen auch die Gesetze, indem sie bald von einer venditio *nominis*, bald von einer venditio actionis (in personam) reden, beides für gleichbedeutend anzusehen [20]). Kann gleich nach der Strenge des Römischen Rechts das Recht von dem Berechtigten auf Niemanden als den seine Person wieder darstellenden Erben übergehen, so ist dieß doch durch das neuere Römische Recht dahin gemildert, daß

---

[18]) L. 47. §. 1. D. de negotiis gestis.

[19]) L. 51. D. de obligat. et act.

[20]) L. 3. et L. ult. C. de hered. vel. act. vend. L. 4. et 5. et 17. D. eod. L. 1. Cod. de Novat. L. 2. et 3. C. de donat. L. 6. C. de dolo. L. 74. §. ult. de evict.

er es mit Hülfe der actio utilis nur auch in eigenem Namen geltend machen kann.

Was nun dingliche Klagen betrifft, so erhellet aus den Gesetzen, was auch die Ausleger wie mit Einem Munde lehren, daß auch dingliche Klagen der Veräußerung fähig sind, und ohne Cession der Käufer mit einer actio utilis klagen könne, und dieß ist nach dem Beispiel der persönlichen eingeführt.

L. 9. Cod. de hered. vel act. vend.

Certi et indubitati juris est, ad similitudinem ejus, qui personalem redemerit actionem, et utiliter eam movere suo nomine conceditur, etiam eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate. Cum enim actionis nomen generale sit omnium sive in rem sive in personam actionum, et apud omnes veteris juris conditores hoc nomen in omnibus pateat, nihil est tale, quod differentiam in hujusmodi utilibus actionibus possit introducere.

Es können also dingliche Klagen veräußert werden und zwar aller Art, namentlich die Eigenthumsklage [21], ferner die hereditatis petitio [22], und die querela inofficiosi testamenti, gleichwie die querela inofficiosae donationis [23].

---

[21]) §. 3. I. de emt. et vend. *L.* 25. §. 8. *D. Loc.* Si fullo aut sarcinator vestimenta perdiderit eoque nomine domino satisfecerit, necesse est domino, vindicationem eorum et condictionem cedere. L. 63. D. de rei vind.

[22]) *Lenz* de cess. act. c. 14. membr. 4. no. 1. sq.

[23]) Das Gegentheil lehrt Sande (de act. cessis cap. 5. nr. 12.). Nach ihm kann querela inofficiosi nicht cedirt werden. S. aber G. L. Böhmer (Electa jur. civ. tom. 1. ex

Es ist aber hierbei zu bemerken: Wird das dingliche Recht selbst auf einen Andern übertragen, so geht mit dem dinglichen Recht auch die dingliche Klage, oder vielmehr die Möglichkeit derselben, auf ihn über; und eben dadurch unterscheiden sich dingliche Rechte von persönlichen, daß jene von Einem auf den Andern übergehen können, und die Klage mit sich führen, während diese an die Person des Gläubigers gebunden sind [24]). Es heißt daher in den Gesetzen:

> In rem actio competit ei, qui aut jure gentium aut jure civili dominium adquisivit [25]).

Die Ausleger haben längst angemerkt, es beziehe sich damit auf die actio directa (ob man actio *directa* nennen kann, was keinen Gegensatz hat von einer actio utilis?) und hier ist die Rede von der actio utilis.

Nun fragt es sich aber, ob bei dinglichen Klagen eine Veräußerung derselben, abgesondert vom dinglichen Rechte, möglich sey, und diese Frage pflegen die Ausleger stillschweigend zu bejahen; denn gerade so verstehen sie jenen Satz.

IX. §. 20.) „Querelam inofficiosae donationis, bemerkt Böhmer, aeque ac querelam inofficiosi testamenti tertio recte cedi, jure defendi existimo. Est enim non modo hereditatis petitionis species, quae jure ceditur, verum etiam praeparata in quoscunque heredes transmittitur, et hoc ipso, dum ceditur, praeparatur: actionem vero in heredes transeuntem per cessionem in alterum recte transferri certissimi juris est. Quamvis vero, quod alii obvertunt, haec querela vindictae rationem habeat: nemo tamen in vindicta fundamentum hujus actionis positum esse dixerit, quod potius in iniqua quaerendum est exclusione a legitima etc.“

[24]) *Bachow* de actionibus disp. 4. §. 3. p. 122.

[25]) L. 23. pr. D. de rei vind.

Aber muß hier nicht dasselbe gelten, was von persönlichen Klagen gilt; kann man eine dingliche Klage haben, wenn man das Recht selbst nicht hat; hieße das nicht in eignem Namen ein Recht vor Gericht wahrnehmen können, was einem nicht zusteht?

Ungeachtet dieser Zweifel muß die aufgeworfene Frage bejaht werden.

Man kann bei dinglichen Rechten zweierlei unterscheiden, erstens das dingliche Recht selbst und zweitens das Vindicationsrecht. Das Letztere setzt voraus, daß sich ein Andrer im Besitz unsrer Sache befinde, sie uns vorenthält und streitig macht; es ist also nur in Voraussetzung besondrer Thatsachen begründet. Da der Andre die Sache in Händen hat und wir also dem Dritten sie nicht selbst übergeben können, was doch zur Uebertragung des dinglichen Rechts meistens nöthig ist, so können wir ihm unsre Ansprüche auf die Sache abtreten, um sie klagend zu verfolgen, worauf denn, wenn er dieß mit Erfolg gethan haben wird, die Sache die seinige wird und werden soll.

Es wird aber derjenige, an den eine Sache veräußert und in Folge dessen zu überliefern ist, nicht eben nöthig haben, sich statt dessen mit der Abtretung der Klage begnügen zu lassen; nur wenn die Sache nach abgeschlossenem Handel ohne die Schuld des Verkäufers ihm entkommen ist, muß der Käufer zufrieden seyn, daß den Gesetzen zufolge der Verkäufer verbunden ist, ihm die Vindication zu übertragen [26].

---

[26]) §. 3. *D. de emtione et vend.* Quod si fugerit homo, qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris intervenerit; animadvertendum erit, an cu-

Das Vindicationsrecht entspringt zwar aus dem dinglichen Recht, läßt sich aber davon in der Art ab-

---

stodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim si susceperit ad ipsius periculum is casus pertinet; si non susceperit, securus est. Idem et in caeteris animalibus caeterisque rebus intelligimus. *Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emtori, quia sane, qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipse dominus est.* Idem etiam et de furti et de damni injuriae actione. Wie aber, wenn er rem alienam verkauft hat, und folglich Vindication und condictio furtiva nicht cediren kann? Dann muß er gerade dafür aufkommen (das Interesse prästiren), daß er es nicht kann. *L.* 35. §. 4. *D. de contrah. emt.* Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerit; si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et condictionem exhibeat emtori. Unde videbimus in personam ejus, qui alienam rem vendiderit; quum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem transferre. S. übrigens *L.* 31. *pr. D. de act. emt. et vend.* Si ea res, quam ex emto praestare debebam, vi mihi ademta fuerit, quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius, quam actiones persequendae ejus praestari a me emtori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur. *L.* 14. *pr. D. de furtis.* Eum, qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem, Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emtori furti actionem, et condictionem, et vindicationem: et si quid ex his

sondern, daß, während das dingliche Recht selbst, sammt der actio directa, nur durch Uebergabe der Sache erworben wird, es, durch bloßen Vertrag veräußert, als actio utilis bei Gericht geltend gemacht werden und man durch selbiges auf einem Umwege zum dinglichen Recht selbst gelangen kann!

Dieses Vindicationsrecht oder diese Ansprache auf die Sache kann man vielleicht nicht mit Unrecht dem Recht oder der Ansprache an die Person des Schuldners bei persönlichen Forderungen gegenüberstellen. Wie bei persönlichen Ansprüchen das Recht oder die actio directa beim Gläubiger verbleiben, also auch verbleibt hier die Ansprache oder die actio directa beim Berechtigten, weil sie nach der Strenge des Rechts, so lange das dingliche Recht, wovon das Vindicationsrecht ein Ausfluß ist, bei ihm fortdauert, von ihm nicht getrennt werden und eben so wenig neben ihm einem zweiten zustehen kann, und es wird nur des Nutzens wegen darin gleichsam nachgesehen, daß der neue Erwerber (durch actio utilis) die an ihn veräußerte Ansprache in eignem Namen geltend machen darf, was er, wollte man es genau nehmen, gar nicht dürfte.

Wir sehen also, wie es zu verstehen, wenn Justinian sagt, der Erwerber einer dinglichen Klage

---

actionibus fuerit consecutus, id praestari eum emtori oportebit. Quae sententia vera est: et ita et Julianus. Et sane periculum rei ad emtorem pertinet: dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet. *L.* 80. *pr. D. de furtis.* Si vendidero, neque tradidero servum, et is sine culpa mea subripiatur; magis est, ut mihi furti competat actio. Et mea videtur interesse, quia dominium apud me fuit, vel quoniam ad praestandas actiones teneor.

könne mit einer actio utilis klagen. Die Fälle, wo das dingliche Recht selbst auf den Erwerber übergegangen ist, und also von keiner actio utilis die Rede seyn kann, sind dabei von selbst ausgeschlossen.

4.

Von Abtretung des Pfandrechts oder der actio hypothecaria insonderheit.

Daß auch die hypothekarische Klage cedirt werden könne, kann keinen Zweifel leiden. Die Gesetze sagen, daß dingliche Klagen cedirt werden können, und nehmen die hypothekarische nicht aus, die darunter begriffen ist. Es ist auch insonderheit in Beziehung auf das Pfandrecht an mehreren Stellen (die weiterhin vorkommen) die Rede davon, daß es abgetreten werden und der Erwerber dann *actionibus cessis* oder *mandatis* klagen könne.

Die Frage ist nur, ob eine Cession der hypothekarischen Klage ohne die persönliche, des Pfandrechts ohne das *jus nominis* geschehen könne. Denn beides scheinen die Gesetze und pflegen die Ausleger für gleichbedeutend zu nehmen. Ueber diese Frage sehen wir die Rechtsgelehrten sich unter einander, ja mit sich selbst entzweien. So lehrt Brunnemann [27]), eine solche Cession sey möglich, und führt als Grund an, weil ein Pfand zum Pfande gegeben werden könne. Derselbe

[27]) De act. cess. pag. 258. sq.

Brunnemann lehrt an einem andern Orte [28]) und zwar später, sie sey nicht möglich; die hypothekarische Klage könne ohne die persönliche nicht cedirt werden, es sey denn in dem Fall, wovon L. 2. C. de luitione pignoris spricht, da die persönliche Klage (durch Verjährung) erloschen und die hypothekarische allein übrig geblieben sey oder dem Cessionar die persönliche schon vorher zugestanden habe. Mir scheint es, daß diese spätere Meinung Brunnemann's die richtige sey; nur kann die zweite Ausnahme für keine solche gelten, da durch das Erlöschen der persönlichen Klage durch Verjährung die Forderung selbst nicht erloschen ist, vielmehr die natürliche Verbindlichkeit fortdauert.

Hingegen lehren Donell [29]) und Sande [30]): die hypothekarische Klage könne ohne die persönliche cedirt werden. Actio hypothecaria kann freilich, nach ihnen, gleich Anfangs ohne die Hauptklage nicht entstehen; sie kann aber in der Folge davon getrennt werden und wird auch nach der Trennung durch die bei dem Gläubiger fortdauernde Hauptklage aufrecht erhalten, bei dem auch selbst die actio accessoria, nämlich hypothecaria, als actio directa zurückbleibt. Dadurch würde immer noch nichts bewiesen, sondern nur die Möglichkeit einer solchen Cession überhaupt erklärt werden.

Wodurch also beweisen die Ausleger ihre Behauptung?

---

[28]) Ad leg. ult. C. de hered. vel. act. vend.

[29]) Ad. l. 2. C. de hered. vel. act. vend.

[30]) De act. cess. cap. 5. nr. 24.

Sie berufen sich erstens auf den Satz, den auch Brunnemann für seine frühere Meinung als Beweisgrund anführt, nämlich, daß der Gläubiger die Macht habe, das Pfand weiter zu verpfänden [31]; zweitens auf eine Stelle des Ulpianus, wonach, wenn der Gläubiger Jemandem ein ganzes Grundstück vermachte, auch derjenige Theil darunter begriffen ist, den er nur pfandweise besaß [32].

Wenn für einen so außerordentlichen Satz keine bessern Beweise vorhanden sind, so scheint es mißlich mit ihm zu stehen. Denn, alle jene Stellen scheinen nicht hierher zu gehören, weil dabei von Abtretung des Pfandrechts und der hypothekarischen Klage gar nicht die Rede ist.

Sehen wir auf die Natur der Sache, so folgt das Pfandrecht der Forderung und dem Pfandrecht die actio hypothecaria, die der Veräußerer in diesem Augenblicke vielleicht selbst nicht anstellen kann, die aber der Erwerber nach Abtretung des Pfandrechts anstellen kann, wenn die Bedingungen dazu vorhanden sind. Nach römischen Ideen steht demjenigen, an den das Pfandrecht veräußert ist, bloß actio utilis zu. Aber, um mit der actio directa klagen zu können, bedarf es Auftrags; denn, wenn die persönliche Klage als actio directa bei dem Veräußerer zurückbleibt, muß auch dasselbe von der

---

[31]) L. 13. §. 2. D. de pign. L. 1. et 2. C. si pignus pignori.

[32]) *L. 68. pr. D. de leg. 3. Ulpianus.* (Juniano respondit) testatorem, adjiciendo praedium Sejanum omne, eam quoque partem fundi suprascripti quasi ad se pertinentem videri per fideicommissum reliquisse, quam ex causa pignoris nactus est, salvo scilicet jure debitoris.

actio accessoria gelten. Was, nach der vorhergehenden Abhandlung, von dinglichen Rechten im Allgemeinen gilt, daß mit dem dinglichen Rechte auch die actio directa auf den Erwerber übergeht, läßt sich auf das Pfandrecht, als ein bloßes jus accessorium, und die actio hypothecaria, als eine actio accessoria, nicht anwenden. Auch reden die römischen Gesetze, wie gesagt, an mehreren Stellen davon, daß derjenige, dem das Pfandrecht abgetreten ist, actione cessa vel mandata klagen könne, und sehen, wie es scheint, Abtretung des Pfandrechts und der actio hypothecaria als gleichbedeutend an [33]).

Auf allen Fall sieht jeder leicht, daß die Handlung der Abtretung der actio hypothecaria keinen Zweck haben könne, wenn nicht die Absicht dabei zum Grunde liegt, daß das Pfandrecht auf den Andern übergehen soll, und die Abtretung des Pfandrechts kann wieder keinen Zweck haben, wenn es ihm nicht zur Sicherheit einer Forderung dienen soll, und zwar dieser selben Forderung, zu deren Sicherheit es bestellt ist. Das Pfandrecht selbst läßt sich, wenigstens der Natur der Sache nach, von der Forderung eben so wenig trennen, als man den Schatten vom Leibe trennen kann. Es ist ja nur zur Sicherheit dieser Forderung bestellt. Der einzig mögliche Nutzen einer getrennten Abtretung des Pfandrechts könnte etwa seyn, damit der Cedent dem Cessionar mit dem Pfandrecht nicht schaden könnte, der aber auch durch bloße Entsagung zu erreichen wäre.

---

[33]) L. 2. L. 11. L. 21. C. de fidejussor. et mand. L. 13. C. de locat. et cond.

Indessen kommen im römischen Rechte manche Stellen vor, die bloß von Uebertragung des Pfandrechts reden, die z. B. der Bürge vor der Zahlung vom Gläubiger zu fordern berechtigt sey [34]).

Wie dieß zu verstehen sey, habe ich schon oben erklärt. Die Abtretung des Pfandrechts ist Folge der Abtretung des juris nominis, und indem der Bürge sein Verlangen nach jenem zu erkennen gibt, eo ipso erklärt

---

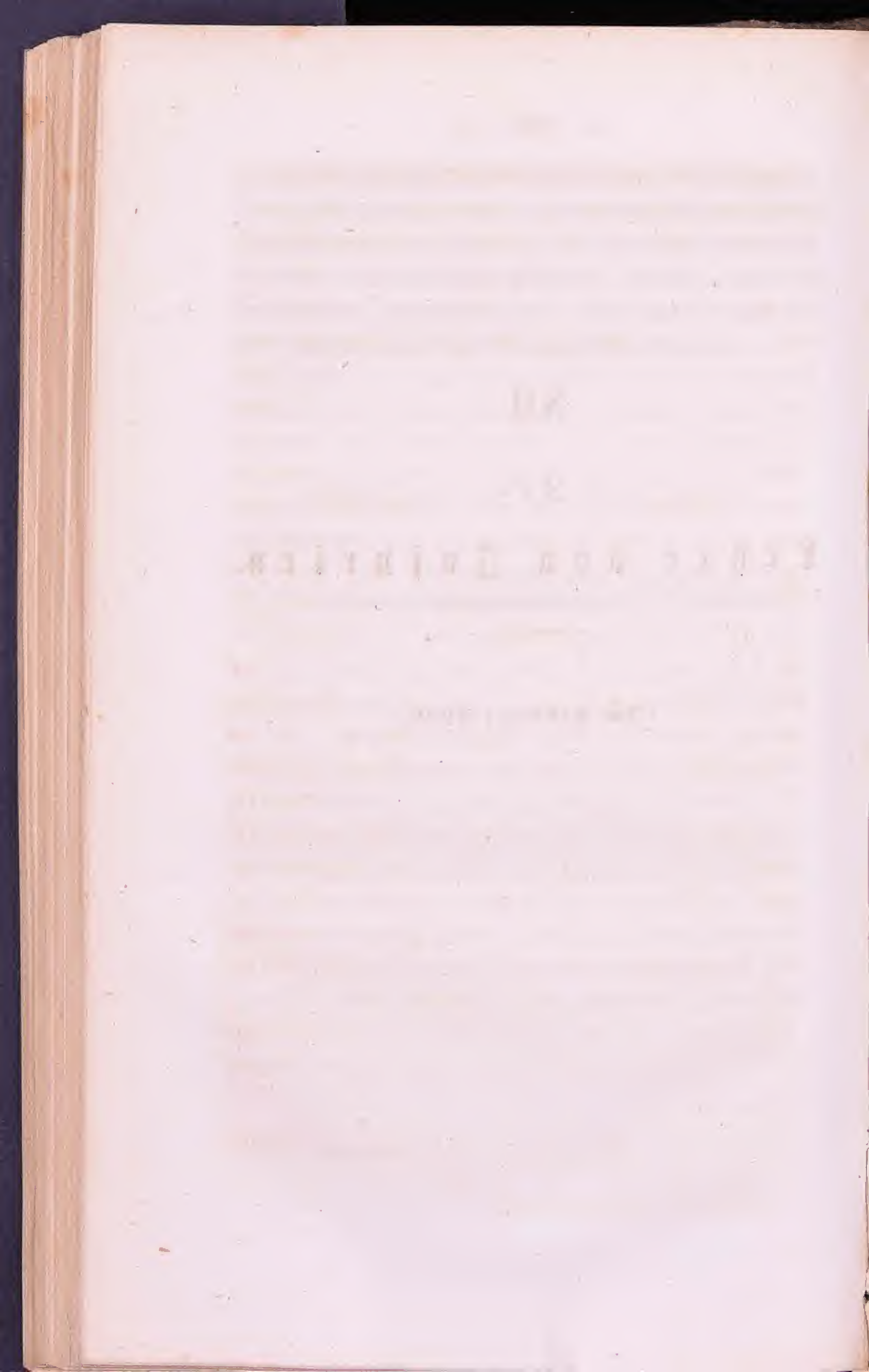
[34]) *L.* 13. *C. de locat. et cond.* Si divisa conductio fuit et in singulis pro partibus facta: alieno nomine conveniri vos non oportet. Si autem omnes, qui conducebant, in solidum locatori sunt obligati: jus ei competens, conveniendi quem velit, non debet auferri. Habetis sane vos facultatem locatori offerendi debitum: et ut transferantur in vos ea, quae ob hanc conductionem ab his, quorum nomine inquietamini, obligata sunt, postulandi. *L.* 2. *C. de fidejussor.* Creditori, qui pro eodem debito, et pignora et fidejussorem accepit, licet, si malit, fidejussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit, quod cum facit, debet jus pignorum in eum transferre. Sed cum in alia quoque causa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exsolvatur. *L.* 11. *Cod. eod.* Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum, qui una fidejussit, non competit. Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut jus pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur: et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. Quod et in privatis debitis observandum est. *L.* 21. *Cod. eod.* Sicut eligendi fidejussor creditor habet potestatem, ita intercessorem postulantem cedi sibi hypothecae, sive pignoris obligata jure, non prius ad solutionem (nisi mandata super hac re fuerit persecutio) convenit urgeri.

er zugleich sein Verlangen nach diesem. Er begehrt die Folge und zugleich auch die Ursache und gibt wenigstens sein Verlangen zu erkennen, daß die Hauptverbindlichkeit nicht durch Zahlung erlöschen, sondern, gleich der accessorischen, fortdauern soll. Sie soll fortdauern und wirken, und das Pfandrecht tragen. —

XII.

Zur Lehre von Injurien.

(Im Februar 1826.)



1.

Compensation bei Injurien.

Gegenwärtig ist der Satz allgemein angenommen, es finde bei Injurien Abrechnung Statt. Gründe für diesen Satz werden nicht angeführt, als bedürfte es deren nicht; höchstens führt man, statt dessen, nach altem (guten) Gebrauch, einen Gewährsmann an. In den Compendien gilt er als eine ausgemachte Wahrheit. So bemerkt G. J. F. Meister, der so vorsichtig und besonnen im Lehren ist, unter Beziehung auf Struben [1]: „Tolluntur actiones injuriarum compensatione, quae in injuriis mutuis prorsus aequalibus obtinet [2]." Von Quistorp [3]) lehrt: „Wenn gleich die angezogenen Eigenschaften einer durch den Gerichtsgebrauch eingeführten Retorsion nicht vorhanden seyn sollten, so kann jedoch von dem Injurianten keine Genugthuung gefordert werden, wenn derselbe die exceptionem com-

[1]) Struben rechtl. Bedenken Thl. 4. Bed. 43.

[2]) Princip. jur. crim. §. 189.

[3]) Grundsätze des peinlichen Rechts §. 332.

pensationis für sich anführen oder zeigen kann, daß er bei einer andern Gelegenheit von dem Kläger ebenfalls beschimpft worden, ohne dieserhalb Genugthuung erhalten zu haben. Die Compensation hebt bei Injurien alle Privatgenugthuung ipso jure auf und zwar dergestalt, daß der Richter darauf Bedacht nehmen muß, wenn gleich von dem Beklagten dieselbe nicht in Anregung gebracht seyn sollte, im Fall anders nicht von solchen Injurien die Rede seyn sollte, die vermöge der eingetretenen Verjährung bereits für erloschen zu achten." Kleinschrod *) hat gar kein Arges daraus, daß er sagt: „Haben zwei sich wechselseitig beschimpft, so muß die Sache nach den Grundsätzen der Compensation ermessen und diese gänzlich hier angewandt werden."

Nicht ein leiser Zweifel regt sich unter den Rechtsgelehrten gegen eine Lehre, die so offenbar falsch ist, daß es schon genug wäre, zu sagen, sie ist falsch, damit Jeder sie dafür erkenne. Denn, so bald man, auf diesen Anstoß, darüber nachdenkt, findet Jeder gewiß von selbst, daß sie keine Haltung habe.

Wer aber eine Lehre angreift, die so lange schon im Besitz ist, geglaubt und gläubig befolgt zu werden, der wird so leicht nicht abkommen, daß er, seinen Widerspruch zu begründen, nicht wenigstens einige Worte hinzusetzen müßte. Ja, es wird vielleicht nicht an solchen fehlen, die von einer eingewurzelten Lehre nicht werden

*) Von dem Ersatz des durch Verbrechen gestifteten Schadens; zweiter Theil, die Injurienklagen, §. 19. (Abhandlungen aus dem peinlichen Recht, dritter Theil, S. 459.)

werden lassen wollen, auch wenn sie noch einleuchtender falsch wäre, wie diese.

Schon nach der gewöhnlichen Lehre findet Abrechnung nicht Statt, wenn die wechselseitigen Beleidigungen von verschiedener Art oder ungleich sind. Sie findet also nicht Statt, wenn der Eine mit Worten, der Andere mit Werken beleidigt hat.

Ich behaupte aber, sie finde noch eben so wenig Statt, wenn beide einander mit Worten oder beide einander mit Werken beleidigt haben und die wechselseitigen Beleidigungen etwa von gleicher Stärke sind. Denn, auf die Beschaffenheit der Beleidigung kann es hier gar nicht ankommen, sondern nur auf die Art der dadurch begründeten Forderung. Nun hat zwar Jeder von dem Andern Genugthuung zu fordern, aber Niemand erhält dadurch Genugthuung, daß er dem Andern keine gibt. Zwar eine Art von Genugthuung möchte am Ende doch darin liegen, und zwar eine, die er sich ohne Absicht selbst hat verschaffen müssen; aber er hatte eine andere Art zu fordern. Der Grund, weshalb bei wechselseitigen Forderungen Abrechnung möglich ist, so daß die eine die andere aufhebt, weil Jeder schon hat und zwar ganz dasselbe (Idem) hat, was er von dem Andern fordert, dieser Grund fällt bei Injurien weg, und kann bloß in dem einzigen Fall in Betrachtung kommen und die wechselseitigen Ansprüche in totum oder in tantum aufheben, wenn beide ihre Injurien schätzen und, nach den Regeln, die von der actio aestimatoria gelten, ein Geldquantum von einander begehren. Hat der Eine verleumdet, der Andere geschimpft, so daß jener Widerruf, dieser Abbitte begehren kann, wie kann Widerruf gegen Abbitte aufgerechnet werden?

Aber, selbst wenn beide verleumdet oder beide auf einander geschimpft und beide von einander Widerruf oder beide Abbitte zu fordern haben, selbst dann, glaube ich, findet keine Abrechnung Statt.

Im Grunde ist ja jede Forderung auf etwas anderes gerichtet und die Ansprache des Einen wird dadurch nicht befriedigt, daß er eine ähnliche Ansprache an den Andern hat. Der Widerruf, die Abbitte des Titius ist eine andere, als die des Mevius. Nehmen wir an, Titius hat gesagt, Mevius sey ein Dieb, und Mevius hat dasselbe gesagt vom Titius, heben diese Beleidigungen einander auf? Ist nicht der Widerruf, den Mevius zu fordern hat, von ganz anderem Inhalt, als der des Titius? Es wird nicht nöthig seyn, daß ich dieß weiter aus einander setze.

Bei wechselseitigen Beleidigungen ist also der Natur der Sache nach keine Abrechnung möglich, nämlich keine compensatio *necessaria*, sondern wenn zwei einander beleidigt haben, so müßte billig Jeder bestraft werden und Jeder dem Andern Genugthuung leisten.—

Kaum war ich hierauf verfallen, so fand ich schon die Bestätigung bei den Alten.

Die Alten dachten über diesen Punkt anders und besser, als die Neuern.

Zanger [5]) bemerkt, nach der gewöhnlichen Lehre finde Compensation bei Verbal-Injurien nicht Statt, cum sint diversae injuriae, licet reciprocae. Sie finde auch wirklich nicht Statt, wenn von Injurien selbst die Rede sey, wohl aber, wenn Einer dem Andern zu einer gewissen Strafe verurtheilt

---

[5]) De except. P. 3. cap. 8. | nr. 121.

werde. (Darunter soll ohne Zweifel Geld- und zwar Privatstrafe gemeint seyn.) Hingegen beim Widerruf finde sie nicht Statt, wenn beide zum Widerruf verurtheilt würden. Facti enim ad factum nulla est compensatio.

Nur, wenn von den wechselseitigen Injurien die eine als Vergeltung der andern betrachtet werden kann und beide dieselbe Art der Genugthuung und zwar beide Abbitte begründen, wird zwar in der Theorie, wovon ich hier überhaupt nur rede, immer keine Compensation möglich seyn, es wird dann aber keiner eine Genugthuung fordern können, der eine, weil er zuerst beleidigt, der andere, weil er sich gerächt hat.

2.

Von der Wiedervergeltung.

§. 1.

Der Wiedervergeltung hält Leyser eine kleine Lobrede, deren kurzer Inhalt ist: Remedium retorsionis *utiliter* et *pie* adhibetur [6]).

Von Seiten der Nützlichkeit läßt die Retorsion sich freilich wohl vertheidigen. Nämlich, nützlich ist sie für den Beleidigten, weil sie ihm auf dem kürzesten und sichersten Wege zu einer Art von Genugthuung verhilft. Wenn Jemand die Beleidigung nicht etwa im Stillen verschmerzen, aus Geringschätzung des Gegners darauf nicht achten oder sie aus Großmuth übersehen will,

---

[6]) *Leyser* spec. 542. med. 9.

was aber bei muthwilligen Beleidigungen eben nicht zu verlangen, auch wohl schon deshalb nicht immer rathsam ist, weil dergleichen zur Nachahmung reizt, und man leicht in den Ruf kommen kann, ein solcher zu seyn, dem man alles bieten kann; dann scheint es vielleicht, bloß auf das, was rathsam ist, gesehen, das Beste zu seyn, was ein Beleidigter thun kann, so lange die Gesetzgebung nicht besser, wie bisher, darauf bedacht ist, den Beleidigten zufrieden zu stellen, und die schädlichen Folgen der Beleidigung zu vertilgen, wenn er die Beleidigung auf der Stelle erwiedert und Gleiches mit Gleichem vergilt.

Wenigstens werden erfahrne Rechtsgelehrte, welche wissen, wie gleichgültig die Richter bei Injurienklagen, wie wenig sie oftmals von der Wichtigkeit ihres Amts durchdrungen, wie wenig sie von Eifer für Gerechtigkeit belebt, auch wol mitunter, wie einfältig sie sind, und was bei Injurienklagen heraus kommt, wie die Beleidigung nicht, oder nicht gehörig geahndet, die erlittene Kränkung nicht gut gemacht, sondern wol noch gar vermehrt, auch auf diesem Wege erst recht verbreitet und das Andenken daran aufbewahrt wird, diese also werden den Beleidigten, wenn er bei der Wahl zwischen zwei Uebeln sich für die Wiedervergeltung entscheidet, vielleicht eben nicht stark zu tadeln geneigt seyn.

Aber eine andere Frage ist, was ist rathsam, eine andere, was ist erlaubt?

Hier pflegen nun die Rechtsgelehrten die Retorsion bloß als etwas durch den Gerichtsgebrauch Geduldetes darzustellen.

Wenn man die Sache nur obenhin betrachtet, so scheint es zwar, man dürfe sich wegen erlittener Inju-

rien, auch auf der Stelle, nicht rächen, sondern müsse die Rache dem Richter überlassen. Auch behauptet Weber [7]), es sey zwar erlaubt, sich gegen Injurien zu vertheidigen; aber die Retorsion der Beleidigungen sey an und für sich unerlaubt, wenn auch derjenige, welcher zuerst beleidigte und dem Gleiches mit Gleichem vergolten worden, nicht über erlittenes Unrecht klagen, auch der Richter nicht strafen könne.

Mir scheint indessen, es lasse sich die Retorsion von einer, meines Wissens bisher nicht erkannten, Seite vielleicht rechtfertigen.

Wie nämlich, wenn die Retorsion auch nichts anders wäre, als — Vertheidigung?

So scheint es allerdings.

Die Retorsion, wenn wir die Sache beim Licht betrachten, ist nichts, als Vertheidigung, wenn auch nicht gegen die Beleidigung, doch gegen deren Wirkungen. Es wird dadurch die Injurie auf ihren Urheber zurück geschleudert, sie wird unschädlich gemacht, Ihr wird gleichsam der Stachel abgestumpft, oder doch verhütet, daß er nicht tief eindringen, uns verwunden und schmerzen kann.

Nämlich eine Beleidigung, die wir auf der Stelle gehörig vergolten haben, schmerzt uns nicht, schadet auch nicht der Achtung, worin wir bei Andern stehen, vielmehr kann ein solches Benehmen eine entgegengesetzte Wirkung hervorbringen; — wobei jedoch in einzelnen Fällen viel auf die besondere Art

---

[7]) Ueber Injurien, zweite Ab= | theilung Nr. 15.

des Benehmens ankommt. — Oder ist es zu verlangen, daß Jemand, zum Schaden seiner Gesundheit, und vielleicht mit Gefahr seines Lebens, die Beleidigung in sich aufnehmen, den Schmerz darüber erst recht durchempfinden, das Bittere derselben durchschmecken, den Zorn wachsen lassen und — sich dagegen mit einer Anweisung zur Genugthuung auf den Richter begnügen soll, die ihm spät und vielleicht gar nicht zu Theil wird, weil das Schicksal des Prozesses ihm ungünstig war, sein Gegner immittelst gestorben oder davon gegangen ist u. s. w.? Kann man Jemanden, der das empfing, was die Juristen durch *rapisma* ausdrucken — was ich nicht auf deutsch sagen mag, weil das Wort wie die Sache schlecht ist — kann man ihm zumuthen, sie in die Tasche zu stecken, damit nach Hause zu gehen und dann dem Richter sein Leid zu klagen und dadurch zugleich den Empfang ad acta zu bescheinigen?

Wird wol der Schimpf, namentlich auch in Hinsicht auf die Meinung Anderer, so völlig wieder getilgt, als wenn Jemand auf der Stelle männlich sich selbst rächt; kann der Richter die schmerzlichen Empfindungen wieder gut machen, welche die Beleidigung erregte, wird der Schade an der Gesundheit durch Richterspruch ersetzt?

Es scheint hiernach, die Retorsion sey erlaubt; sie sey ein so gutes Vertheidigungsmittel, wie irgend eins. Man muß sie nur nicht als eigenmächtig genommene Genugthuung betrachten, sondern als Abwehrung; nicht als Selbsthülfe, sondern eher als ein Mittel — wodurch die Natur sich selbst hilft.

Die Retorsion bringt die Beleidigung in Vergessenheit; sie wird über die Vergeltung vergessen; durch die

Vergeltung verdunkelt, zurück gedrängt, unterdrückt, wird ihrer nicht mehr gedacht; ja, sie streift in ihren Wirkungen an das Reich des Unmöglichen; sie macht die Beleidigung — wie ungeschehen [8]).

Es liegt sogar noch eine Art von Schonung darin, wenn der Beleidigte, statt auf Genugthuung zu klagen und den Beleidiger durch den Richter zur Genugthuung zu zwingen, seinen Gegner auf der Stelle selbst bestraft — und darin eben scheint Leyser die *pietas retorsionis* zu setzen [9]). Profecto, bemerkt Leyser, si quid etiam ultionis huic remedio inest, minus tamen inest, quam ordinariae actioni injuriarum. —

Es scheint hiernach, wenn die Retorsion unerlaubt seyn soll, muß sie ausdrücklich verboten werden. Dieß kann aber ohne Ungerechtigkeit nicht anders geschehen, als wenn dafür gesorgt wird, daß Injurien mit Ernst und Nachdruck und ohne alle Beschwerde des Beleidigten, auf bloße Anzeige des Beleidigten, keines Fremden, ex officio bestraft werden und dem Beleidigten zur Genugthuung auf dem kürzesten Wege verholfen wird.

Und dieß wird zugleich das beste Mittel seyn, sie zu verhüten.

§. 2.

Von der Retorsion lehren die Rechtsgelehrten,

1) sie müsse auf der Stelle geschehen.

---

8) Auch die Alten scheinen zwar die Retorsion als Vertheidigungsmittel angesehen zu haben, doch wol nur in dem Sinne, daß sie selbige als ein Mittel ansahen, seine Ehre zu erhalten, so wie man sie durch Klage zu schützen sucht, deren Surrogat sie seyn soll. S. Leyser c. l.

9) *Leyser* c. l.

Wenigstens behaupten dieß mehrere oder die meisten, nehmen es auch wol in den Begriff auf, wie Meister; andere lassen sie auch noch später zu [10]).

Nur diejenige Retorsion, welche auf der Stelle geschieht, oder sobald sie zur Kenntniß des Beleidigten gekommen ist und er zur Erwiederung Gelegenheit gehabt hat; nur diese ist es hauptsächlich, welche als Vertheidigung angesehen werden kann. Wenn sie später geschieht, ist sie zwar auch ein Mittel, sich in Achtung zu erhalten, und wenigstens kann sie dann immer noch aus dem Gesichtspunkt betrachtet werden, daß der, welcher zuerst beleidigte, sich nicht über erlittenes Unrecht beklagen könne, wenn ihm mit eben dem Maße gemessen wird, womit er dem andern gemessen hat, vorausgesetzt, daß in der Zwischenzeit keine Versöhnung erfolgt ist. Allein, eine Retorsion der letztern Art läßt sich in der Theorie schwerlich rechtfertigen; sie kann gegen den Grundsatz, daß Niemand sein eigener Richter seyn dürfe, sich nicht halten. Als außer-

---

[10]) S. Quistorp a. a. O. §. 331. Note a. Struv (de vindicta privata cap. 10. aphor. 9.) bemerkt: Ipse audiens injuriam *statim* retorquere debet: absens *quam primum resciverit.* Auch Compensation der Injurien läßt Struv zu, doch nur, wenn man nicht weiß, wer den andern zuerst beleidigt hat. *Struv c. l. cap.* 10. *aphor.* 10. *nr.* 8. Caeterum si duo mutuis se convitiis prosciderunt, nec apparet, quis convitiandi initium fecerit, sit injuriarum compensatio. *arg. l.* 45. §. 3. *D. ad leg. Aquil.* Si quum stramenta ardentia transilirent, duo concurrerint, amboque ceciderint, et alter flamma consumtus sit, nihil eo nomine potest agi, si non intelligitur, uter ab utro eversus sit. Die Alten pflegten freilich für alle möglichen Sätze die Beweise im corpus juris zu finden.

gerichtliches Schutzmittel der Ehre steht sie demjenigen, welches die Gesetze an die Hand geben, nach.

Der von Weber für die Retorsion angeführte Grund, der Beleidiger könne sich nicht beschweren, wenn wir ihn mit demselben Maße messen, würde zwar auch eine spätere rechtfertigen, scheint aber überhaupt zu viel zu beweisen; es ließe sich davon auch auf andere Fälle eine sehr gefährliche Anwendung machen. Jedes Unrecht, demjenigen zugefügt, der uns zuerst Unrecht gethan, könnte dadurch gerechtfertigt werden. Die Retorsion kann, nach meinem Ermessen, nur aus dem Gesichtspunkt der Vertheidigung oder auch gar nicht gerechtfertigt werden. Wenn sie nicht Vertheidigungsmaßregel ist, so ist sie nichts als — Beleidigung gegen Beleidigung.

Wenn sich keine triftige Gründe für die Retorsion auffinden lassen; dann ist es am besten, wenn man sich bloß auf den Gebrauch beruft. Dieß thaten auch die Alten; nach ihnen war die Retorsion — Völkergewohnheitsrecht. Gründe zur Einführung derselben gaben Billigkeit und Gleichheit [11]). Diese Gründe sprechen auch für eine Retorsion, welche auf der Stelle geschieht; sie sprechen auch für — die Compensation, in so fern von völlig gleichartigen Injurien die Rede ist, und die sich beide zur Abbitte eignen, kurz, in so fern die eine als Retorsion der andern hätte entschuldigt werden können, wenn sie Retorsion gewesen, d. h. in Beziehung auf die andere, vorhergehende, zuge-

[11]) So bemerkt Mevius (P. 2. dec. 59.). Duplex haec est ratio introductae retorsionis, aequitas et aequalitas, quibus jura mundi nihil magis favore dignantur. S. auch Struv c. I. cap. 10. aphor. 6.

fügt wäre. — Und, bloß auf den Gebrauch gesehen, hängt alles dieß in so weit wol zusammen, nämlich, wenn man spätere Retorsion zuläßt, dann kann man auch, wenn auch nicht in der gewöhnlichen Ausdehnung, Compensation zulassen, zum Behuf der Ausschließung der Privat-Genugthuung, denn strafbar sind, selbst nach der gewöhnlichen Theorie, beide. Aber, in der Theorie läßt sich nichts rechtfertigen als etwa nur — eine Retorsion, welche auf der Stelle geschieht.

§. 3.

Von der Retorsion lehren die Rechtsgelehrten,

2) sie müsse der Beleidigung angemessen seyn.

V. Quistorp [12]) lehrt: Man erfordert zu einer erlaubten Retorsion, daß der Beleidigte in den gehörigen Schranken sich verhalte und keiner verschiedenen oder größeren und mehr beleidigenden Ausdrücke sich bediene.

Mir scheint es, daß dadurch die Retorsion in zu enge Schranken eingeschlossen werde.

Die Vergeltung muß zwar der Beleidigung angemessen seyn, indessen kann der Urheber des Streits sich nicht beschweren, wenn sein Gegner, nachdem er angefallen und zum Zorn gereitzt ist, nicht genau mit demselben Maß wieder mißt und ihn auf eine empfindlichere Art, die ihm das Wiederkommen verleidet, in seine Schranken zurück weiset. Die Rechtsgelehrten lehren dieß zwar auch, z. B. bemerkt Weber [13]), indem

---

[12]) Grundsätze des peinlichen Rechts §. 331.

[13]) A. a. O.

er von der Retorsion handelt, auch die Uebertreibung, deren der Beleidigte sich dabei etwa schuldig mache, berechtige den Urheber des Streits nicht zur Injurienklage, weil er den anderen einmahl gereitzt habe. Er scheint es indessen nur als etwas Billiges anzusehen. Billigkeit spricht freilich für den Vergelter. Der Zustand eines Gereitzten läßt nicht zu, daß man von ihm strenges Abmessen der Vergeltung, Geben ganz gleichen Gewichts, fordern könnte. Mir scheint indessen, Uebermaß oder Uebergewicht lasse sich vielleicht auch von Seiten des Rechts rechtfertigen; es scheint aus der Natur der Retorsion, als einer Vertheidigungsmaßregel, zu folgen, daß etwas mehr geschehen dürfe, um den Urheber zu bestrafen, theils damit der Beleidigte beruhigt, theils damit er gegen künftige Anfälle von dieser Seite sicher gestellt werde. Vielleicht kann man nicht mit Unrecht sagen, es komme darauf an, wie viel gerade in diesem Fall, zu diesem Zweck, nach den Umständen nöthig war. Doch will ich damit immer nicht sagen, daß nicht ein Ueberschreiten des Maßes und somit Klage auf Genugthuung und, statt dessen, *quoad excessum*, auch eine neue Retorsion, eine *retorsio retorsionis*, möglich seyn sollte, als welche letztere nur so weit unerlaubt ist, als der zuerst Beleidigte bey der Vergeltung sich in den Schranken einer erlaubten Retorsion hielt [14].

Ich kann auch der gemeinen Lehre der Rechtsge-

[14]) Es bemerkt Struv (de vindicta privata cap. 10. aphorisma 7. nr. 11.): Si vero retorquens modum excesserit, ratione hujus excessus injuria alter est affectus, quam recte retorquere potest. Und in den Summarien: Ratione excessus in retorsione datur retorsio.

lehrten, daß wörtliche Injurien nicht durch thätliche vergolten werden dürfen, nicht unbedingt beistimmen. Nimmt man einmal an, daß Retorsion erlaubt sey, so scheint es eben nicht unmöglich zu seyn, daß besonders schwere Injurien, durch Worte oder Geberden zugefügt, auch wol durch thätliche erwiedert werden können, ohne daß *auctor rixae* Ansprache auf Genugthuung hätte.

Struv, der das Gegentheil behauptet, läßt wenigstens eine Ausnahme zu. Er bemerkt: Maxime excedit legitimum defensionis modum, qui injuriam illatam verbis verberibus vindicat. Nec enim probandum illud: auf eine Lüge gehört eine Maulschelle. Excipiunt quidam, quod si infamis vel vilis homo alicui nobili vel egregiae personae convitium dixerit, ejusmodi personam non solum retorsione, sed etiam colaphum impingendo injuriam verbis illatam ulciscendo propulsare posse. Quod admitti potest arg. §. 7. I. de injur. [15]). Es hätte sich wol ein anderer Grund dafür anführen lassen. Nämlich mit dergleichen Personen kann man sich nicht in einen Kampf dieser Art einlassen, ohne den kürzern zu ziehen; die Kraft des Volks offenbart sich auch in den kräftigen Schimpfreden; ja man kann mit ihnen einen Streit dieser Art nicht führen, ohne eben dadurch in der Achtung anderer tiefer zu sinken; man würde also gegen sie wehrlos seyn. Ich rede freilich nur davon, was vor dem Richter zur Entschuldigung gesagt werden kann und auch bei dem Richter vielleicht nicht hinlänglich erfunden werden wird; denn sonst möchte es in solchen Fällen eben so rathsam, als anständig seyn, entweder, nicht hören zu können, oder, sich an den Richter zu wenden.

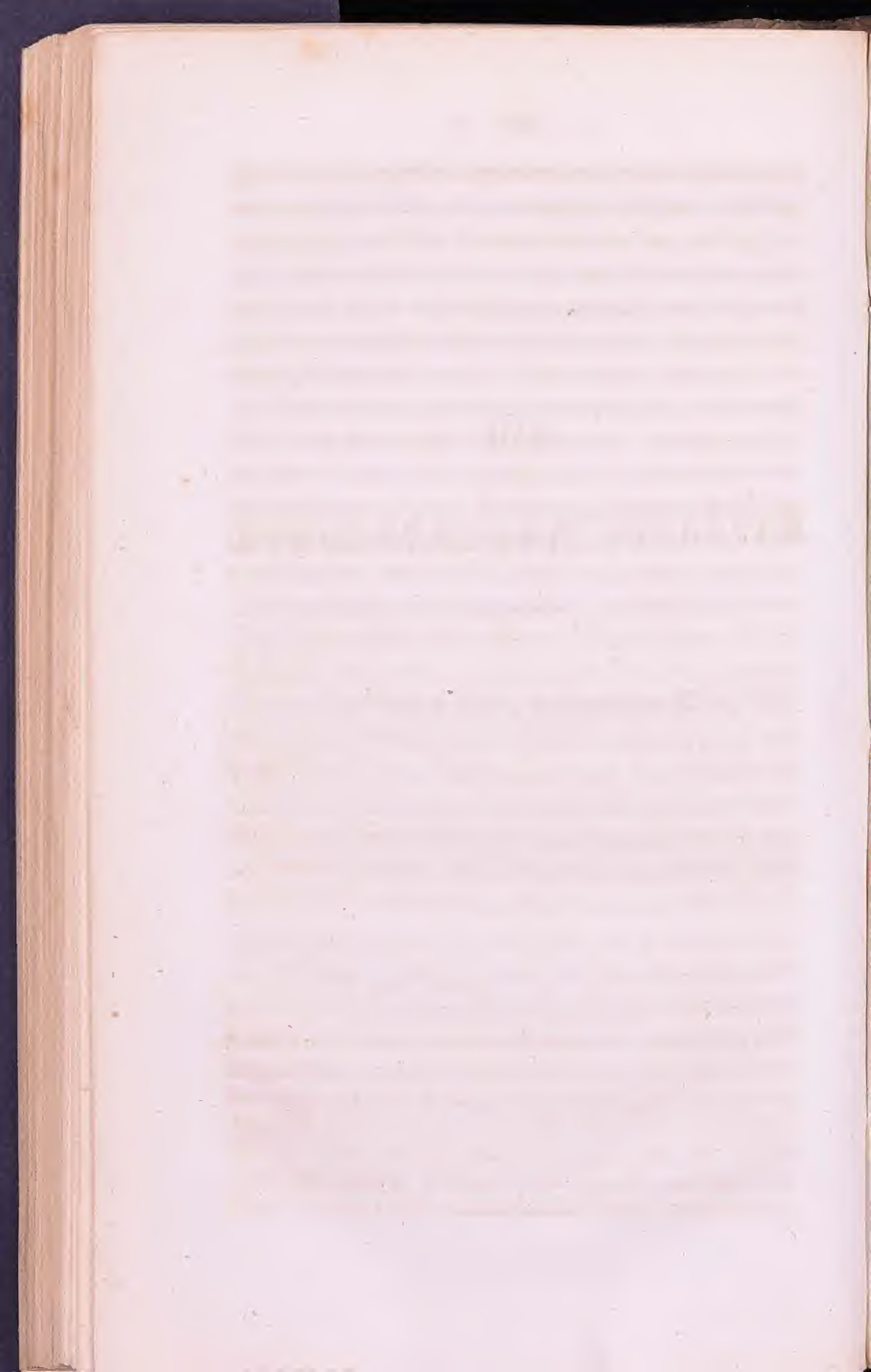
---

[15]) S. Struv de vind. priv. cap. 10. aphor. 10. nr. 9.

XIII.

Kleinere Abhandlungen.

(Zu verschiedenen Zeiten geschrieben.)



1.

Omnis definitio in Jure civili periculosa est,

bemerkt Javolenus [1]) und setzt hinzu: parum est enim, ut non subverti possit. Diesen Satz pflegen die Rechtsgelehrten gar oft im Munde zu führen, ihn aber oft in einem ganz falschen Sinne zu nehmen und, was das Artigste ist, in diesem falschen Sinne glauben sie daran. Sie verstehen nämlich darunter die Bestimmung des Begriffs einer Sache. Allein, *definitio* ist hier nicht, was die Logiker so nennen, sondern — Rechtsregel [2]). Was wir unter einer Definition ver-

---

[1]) L. 203. D. de reg. jur.

[2]) *Eckhardt* Hermeneutica juris §. 128. Nota *. *Teller* de mora cred. §. 2. p. 13. et 14. Omnino autem tenendum est, bemerkt Teller, quod obiter dictum sit, definitionem in jure nunquam eodem sensu, quo in scholis et libris Dialecticorum dici, sed semper et ubique fere pro regula poni. Exemplo sint: L. 32. D. de usuris. L. 4. §. 1. D. de hered. instit. L. 10. D. de auro argent. leg. L. 22. §. 1. D. quando dies legat. L. 25. D. de. usufr. L. 1. §. 5. D. quod vi aut clam: ubi Ulpianus disertis

stehen, drucken die römischen Rechtsgelehrten durch *Finis* aus [3]). Der Ausspruch des Javolenus ließe sich also auf folgende Art umschreiben:

Gefährlich ist in der Sphäre des Rechts, aus einzelnen Fällen allgemeine Sätze abzuziehen, weil dabei leicht Fälle übersehen werden können, welche uns nöthigen, die Regel einzuschränken. Denn wenige Sätze gibt es, die wirklich so allgemein gültig sind, daß sie nicht (als allgemein gültige) umgestoßen werden könnten.

Der Ausspruch des Javolenus gehört also recht eigentlich unter die Rechtsregeln, ja hätte billig als Warnungszeichen ganz voran oder ganz am Ende stehen müssen.

Ganz kurz ausgedruckt, lautet der Ausspruch:

Traue keiner Rechtsregel völlig;

---

verbis regulam Quinti Mucii definitionem vocat. Sic etiam plenius *juris definitiones* L. 4. C. in quibus causis cess. longi temp. praescr. Interdum conjunguntur veteres regulae et antiquae definitiones v. g. L. 4. C. de V. S. Papiniani etiam libri definitionum nihil aliud sunt, quam libri regularum. Imprimis autem hoc evincit L. 202. D. de reg. jur. desumta illa ex Javoleni libris regularum: *omnis definitio in jure periculosa est, parum est enim, ut non subverti possit;* ubi definitionis nomine Regulae juris civilis intelliguntur, quod etiam bene viderunt et recte verterunt Basilica et Harmenopulus l. 5. tit. ult. et l. 6. tit. 2. Πᾶς νομικὸς κανών. Unde magnopere deridendi sunt ii, qui cum, antiquam juris disciplinam pertractaturi, ad verborum enunciationes accedunt, semper ad hanc legem provocant, seque rem adeo ex effato veteris Jurisconsulti valde arduam atque difficilem aggredi contendunt, et sic perversa verbi interpretatione inscitiam suam mirum in modum produnt.

[3]) *Schulting* jurispr. vet. antejustinianea p. 272.

oder:

Hege Mißtrauen, sey auf Deiner Hut gegen alle Rechtsregeln.

Das ist etwa dasselbe, was man von Sentenzen sagt, wenn Javolenus nur noch hinzugesetzt hätte, außer dieser.

2.

Beweis des Alters.

Wer da behauptet, er sey zur Zeit des eingegangenen Geschäfts noch minderjährig gewesen und aus diesem Grunde (ex capite minorennitatis) auf das beneficium restitutionis in integrum Ansprache macht, muß seine Behauptung beweisen [4]).

Er verlangt restitutio in integrum und der Richter kann sie ihm nicht anders ertheilen, als wenn er die Thatsache, die ihn dazu befugt macht und sein Verlangen begründet, das minderjährige Alter nämlich, beweiset.

Auf der andern Seite muß auch wieder derje-

[4]) *L. 9. C. de probat.* Cum te minorem viginti et quinque annis proponas, adire praesidem provinciae debes et de ea aetate probare. *L. 4. C. de rest. in integr.* Si minorem te quinque et viginti annis fuisse, cum contraheres, ostenderis et tempora restitutionis praestituta excessisse ab adversario tuo comprobatum non fuerit: Praeses provinciae in integrum restitutionis dare tibi auxilium debet.

nige, welcher behauptet, er sey über 25 Jahre alt gewesen, diese seine Behauptung beweisen [5]).

Hieraus scheint nun klar zu folgen, daß auch verneinende Sätze bewiesen werden müssen, wenn ein streitender Theil darauf eine Ansprache oder die Befreiung von der erweislichen Ansprache eines andern gründet, und daß es bei der Beweislast nur auf die Stellung der Partei, nicht aber auf die Natur der Behauptung, ankomme. Derselbe Satz muß hier bald als ein bejahender, bald als ein verneinender bewiesen werden. Bald muß der streitende Theil beweisen, daß er großjährig, bald, daß er es nicht gewesen sey.

Allein — die Behauptung Jemandes, er sey minderjährig gewesen, wiewol sie in dieser Form verneinend ist, enthält eine versteckte positive Behauptung. Wenn Jemand behauptet, er sey minderjährig gewesen, so heißt dies, ich zählte damals 20, 21 Jahre u. s. w. Daß er minderjährig gewesen, ist nichts, als ein, aus den von ihm zu beweisenden Thatsachen abzuleitender, Schluß, oder, wenn man lieber will, eine, alle die einzelnen Zeitmomente unter 25 Jahren in sich schließende, kurze — Bejahung. —

3.

Ueber die Vermuthung des Todes der Verschollenen.

Ueber den Tod verschollener Personen herrschte unter den Lehrern des gemeinen oder römischen Rechts

---

[5]) L. 32. D. de minor. *Janus a Costa* Prael. ed. *Voorda* p. 234.

en doppelter Zwiespalt. Erstens in Ansehung der Frage, wann ein Verschollener, nach rechtlicher Vermuthung, für todt zu halten sey, und dann zweitens über den vermuthlichen Termin seines Todes.

Man unterschied nämlich: erstens, wann ist überhaupt anzunehmen, daß ein Verschollener nicht mehr am Leben sey, und zweitens, ist einmal der bereits erfolgte Tod zu vermuthen, zu welchem Zeitpunkt ist dann anzunehmen, daß der Verschollene gestorben sey.

In Ansehung der ersten Frage gab es wieder verschiedene Meinungen unter den Rechtsgelehrten. Einige, wie Carpzov [6]), übergaben die ganze Sache dem arbitrio judicis, andere, wie Anton Faber [7]), Voet [8]), Finkelthaus [9]), hielten dafür, der Verschollene sey für todt zu halten, wenn er 100 Jahre, noch andere, wenn er 120 alt sey. In neueren Zeiten war die Meinung herrschend geworden, er sey mit dem vollendeten 70. Lebensjahre als todt anzusehen. Leyser [10]), Gmelin und Elsässer [11]), G. L. Böhmer [12]), Glück [13]) bekennen sich zu dieser Meinung.

Unter diesen Meinungen zeichnen sich die zweite und letzte aus. Jene gründet sich auf einige Stellen des römischen Rechts, worin ein hundertjähriges Alter als das äußerste Ziel des menschlichen Lebens bezeichnet wird [14]),

---

6) P. 3. c. 15. dec. 57.

7) Cod. def. for. lib. 5. tit. 40. def. 4.

8) ad Dig. lib. 38. tit. 17. §. 16. in fine.

9) Obs. 100.

10) Spec. 96. med. 5.

11) Jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 4. Bd. Nr. 10.

12) Rechtsfälle. 3. Bd. 1. Abtheilung, Resp. 176. Nr. 19. S. 7. §. 121.

13) Lehre von der Intestaterbfolge. §. 2.

14) L. 56. D. de Usufr. L. fin. C. de SS. Ecclesiis.

die letzte auf nichts Geringeres, als auf eine Stelle — der Bibel, nämlich auf V. 10. im 90. Psalm [15]. Die Vertheidiger dieser Meinung führen zur Widerlegung der vorigen an, die angeführten Gesetze sagten nur aus, daß eine Fortdauer des Lebens bis zum Alter von 100 Jahren möglich sey; ein so hohes Alter sey aber eine sehr seltene Erscheinung und im Allgemeinen nicht wahrscheinlich [16]. Sie vergessen dabei, daß dieser selbe Grund ihrer eigenen Meinung gleichfalls im Wege steht, die an jener Stelle der Bibel eine sehr schwache Stütze findet. Denn, nur wenige Menschen erreichen ein Alter von siebzig Jahren. Der Gerichtsgebrauch, worauf sie sich zur Bestärkung ihrer Meinung zum Theil mit berufen, wird von ihnen selbst nicht für allgemein ausgegeben, wenigstens bemerkt Leyser [17]) nur: *plerorumque* judiciorum vel collegiorum usu approbatur.

Die zweite Frage betrifft den Zeitpunkt des Todes. In dieser Hinsicht nimmt man gewöhnlich an, ein Verschollener sey bis zu dem erwähnten Ziel als lebend zu betrachten und in Folge dessen seyen diejenigen zu seiner Erbschaft berufen, welche ihm jetzt, nach vollendetem 70. Jahre, die nächsten sind; es werde ihm also *ex nunc* succedirt [18]).

Andere hingegen lehren, es sey jetzt, nach vollendetem 70. Lebensjahre, anzunehmen, er sey schon

[15]) *Leyser* spec. 96. med. 5.

[16]) *Leyser* spec. 96. med. 4.

[17]) C. l. med. 5.

[18]) *Leyser* spec. 96. med. 9. *C. F. Hommel* Rhapsod. obs. 107. Struben rechtl. Bed. Bd. 3. S. 365. *Koch* diss., utrum absent. succ. fiat ex nunc an ex tunc. (Ejusd. succ. ab intestato, auct. 2.) Glück a. a. O. *Günther* princ. jur. Rom. §. 863.

damals gestorben, als er sich entfernte, oder, wenn späterhin Nachrichten von seinem Leben einliefen, zu der Zeit, als die letzte Nachricht einging; es werde ihm also ut ajunt, *ex tunc* succedirt [19]. Diese Meinung unterstützen sie besonders durch die Berufung auf L. 10. pr. D. de captivis et postliminio reversis, wo von einem, in die Kriegsgefangenschaft gerathenen, Römer gesagt wird, *quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.* Allein, wie unrichtig sie selbst und ein Berufen auf jene Stellen des römischen Rechts sey, ist schon von andern, z. B. von Elsässer [20], zur Genüge gezeigt. In der That werden hier *fictio* und *praesumtio juris* verwechselt und die Erdichtung des römischen Rechts, vermöge deren nach der Lex Cornelia ein in Gefangenschaft gerathener Bürger, von dem man wußte, daß er in der Gefangenschaft gestorben sey, vielleicht auch wann, in dem Augenblicke als gestorben anzunehmen, da er gefangen ward, läßt sich auf den gegenwärtigen Fall, wo von einer Vermuthung des Todes die Rede ist, nicht anwenden. Vielmehr scheint nach allgemeinen hier anwendbaren Grundsätzen nichts natürlicher zu seyn, wenn eine Vermuthung des Todes statuirt wird, als, daß man annimmt, der Verschollene habe bis dahin gelebt, da diese Vermuthung eintritt.

Sobald man von Jemandem weiß, daß er gelebt habe, muß dieser Zustand als fortdauernd angenommen

---

[19] *Schilter* exercit. 15. th. 71. sq. Resp. *Lyncker* Vol. 1. resp. 5. No. 49. *Schorch* de cura bonorum absentis §. 23. sq. *Hellfeldt* jurispr. for. §. 1397. G. L. Böhmers Rechtsfälle a. a. O., S. 9.

[20] In den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen a. a. O. Nr. 11. S. 171.

werden, bis bewiesen wird, daß er aufgehört habe. Kurz, der Tod, als eine Veränderung des vorigen Zustandes, läßt sich nicht vermuthen, sondern muß erwiesen werden von demjenigen, der sich darauf beruft und dadurch gewisse Rechte zu begründen sucht. An und für sich würde auch die längste Entfernung eines Menschen nebst dem Mangel an Nachrichten uns nicht berechtigen, ihn für todt auszugeben, da man nicht wissen kann, was in Hinsicht der Dauer des Lebens eines Menschen in der Natur, unter besondern Umständen, möglich ist. Dem Zustande der Ungewißheit ein Ende zu machen, ist es zwar wünschenswerth, daß die Gesetze eine Vermuthung an die Stelle der Gewißheit treten lassen; allein, eine solche, von den römischen Gesetzen aufgestellte, Vermuthung findet sich nirgends. Die bloße Wahrscheinlichkeit, die z. B. daraus entspringt, daß ein Alter von 70 Jahren das gewöhnliche Ziel des Lebens sey, was nicht einmal richtig ist, kann keine Rechtsvermuthung begründen; und eben so wenig wird praesumtio juris durch eine in den Gesetzen gelegentlich vorkommende Bemerkung, wie die oben aus den römischen Gesetzen angeführte physiologische ist, hervorgebracht.

Allein es scheint, daß man in dieser Materie zu sehr an die Vermuthung des Todes und zu wenig an die bei uns übliche Todeserklärung von Seiten des Richters gedacht habe. Nicht sowohl auf die erstere, als vielmehr auf die letztere kommt es an; sie macht eine Rechtsvermuthung des Todes unnöthig und auf der andern Seite würde es einer solchen Erklärung gar nicht bedürfen, wenn die Gesetze schon durch eine Vermuthung der Ungewißheit über Leben und Tod ein Ende gemacht

hätten. Ja, wie ließe sich einmal, gäbe es eine solche Vermuthung, die Maßregel einer öffentlichen Ladung rechtfertigen, die an Jemanden gerichtet wäre, von welchem, den Gesetzen zufolge, anzunehmen, er sey schon gestorben?

Damit der Richter einen Abwesenden laden und, wenn er sich nicht meldet, ihn für todt erklären könne — dahin scheint nur der angebliche Gerichtsgebrauch zu gehen, nicht aber auf eine Vermuthung, die, schon ihrer Natur nach, nicht füglich durch Gebrauch aufgestellt werden kann — dazu scheint es auch keiner Rechtsvermuthung zu bedürfen, sondern diese Maßregel erscheint durch den Umstand, daß von dem Aufenthalt und Leben des Abwesenden seit längerer Zeit die Nachrichten fehlen, verbunden mit dem Alter von 70 Jahren, hinlänglich gerechtfertigt.

Wenn Jemand seit langer Zeit seinen Verwandten keine Nachricht von sich gegeben, wenn man seit vielen Jahren von seinem Leben nicht mehr gehört hat, so ist dieser Umstand mehr geeignet, seinen Tod wahrscheinlich zu machen, als ein hohes Alter. Tritt aber zu jener Wahrscheinlichkeit noch ein siebzigjähriges Alter hinzu, so gewinnt sie sehr an Stärke und die Bedenklichkeit verschwindet, einen Verschollenen, nachdem er vergeblich geladen ist, für todt zu erklären, von dem es schon wegen der langen Reihe von Jahren, die seit seiner Geburt verstrichen sind, nicht sehr wahrscheinlich ist, daß er noch am Leben sey.

Und es ist hiernach für ganz richtig zu halten, was schon ältere Rechtsgelehrte behaupten, daß unter besondern Umständen nicht einmal der Ablauf des siebzigsten

Lebensjahrs zu erwarten sey und ein Verschollener unter besonderen Umständen, die seinen früher erfolgten Tod wahrscheinlich machen, schon früher für todt erklärt werden könne [21]). Dahin würde z. B. gehören, wenn er sich nach den letzten Nachrichten unter lebensgefährlichen Umständen befand, oder, wenn die Beschaffenheit seines Leibes einen nahen Tod vorhersehen ließ.

Von dem Augenblicke der Todeserklärung ist dann auch der Tod des Verschollenen zu datiren; der Richter, kann man sagen, sey es, der ihn durch seinen Ausspruch tödtet — es sey denn, daß von ihm, der jetzt civiliter mortuus ist, erwiesen wird, er sey schon früher natürlichen Todes gestorben — und nach der Regel: *viventis non est hereditas*, succediren ihm diejenigen Verwandten, die ihm jetzt die nächsten sind.

4.

Vom achten Zeugen bei Testamenten eines Idioten.

Unter dem Idioten wird hier nach Strycks Beispiel Niemand anders gemeint, als einer, der nicht schreiben kann, und daß der Ausdruck in einer so beschränkten Bedeutung und nicht lieber ein andrer hier gebraucht wird, geschieht der Kürze wegen.

---

[21]) S. *Leyser* spec. 96. | med. 6.

Wenn nun einer ein Testament machen will, welcher nicht schreiben kann, wie wird er es anstellen? Er wird Jemanden zu Hülfe rufen, der das an Stelle seiner verrichtet, was er selbst nicht vermag. Gerade auf eben diese Art kommen die Gesetze dem Idioten zu Hülfe, und da es nun bei rechtlichen Geschäften überhaupt eben so gut ist, ob Jemand eine Handlung selbst oder ob er sie durch einen andern verrichtet, so kann man es nicht einmal für ein besonderes Beneficium halten, was die Gesetze einem des Schreibens unkundigen Testator vergönnen, sich eines Stellvertreters zu bedienen, sondern nur für eine Anwendung einer allgemeinen Regel auf einen besondern Fall.

Die Gesetze also erlauben einem, der nicht schreiben kann, bei Testamenten einen achten (bei Codicillen einen sechsten) Zeugen zuzuziehen, der statt seiner unterschreibt. Quodsi literas testator ignoret vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito, eadem servari decernimus [22]).

Dabei entsteht nun erstlich die Frage, ob einem, der nicht schreiben kann, derjenige gleich zu achten sey, der nicht schreiben will? Nach Carpzov's [23]) Lehre ist auch dem Letztern erlaubt, sich eines Stellvertreters zu bedienen. Dafür scheint die Stelle der Notariat-Ordnung zu sprechen, worauf er sich beruft. Oder, heißt es daselbst, wo er nicht schreiben könnt oder alsdann nicht mögt, soll er durch eines andern achten Zeugen Hand in seinem Namen und auf sein Begehren an einem Ort des Testaments unterschreiben lassen [24]).

---

[22]) L. 21. C. de testam.

[23]) P. 2. dec. 147.

[24]) Not. Ord. von Testamenten. §. 7. am Ende.

Allein, wenn man die Stelle näher betrachtet, so ist hier gar nicht die Rede von einem, der nicht schreiben will, sondern zuerst von einem, der nicht schreiben gelernt hat, und zweitens von einem, der es zwar gelernt hat, der aber alsdann nicht schreiben mag, d. h. dermalen durch Krankheit, Lähmung der Hand, oder, weil er — gar keine hat, u. s. w. gehindert ist, zu schreiben. Es werden hier, wie in der Stelle des Codex, die hier bloß wiederholt und mit deutschen Worten wiedergegeben wird, einander gleich gestellt *qui literas ignorat* und *qui scribere nequit*. Versteht man die Stelle von einem Nichtschreibenwollenden, so hat das Wort alsdann keinen Nutzen, was jetzt gar nicht vergebens dort steht. (Das soll nur ein Nebengrund seyn, dessen es nicht bedarf, da der angegebene Sinn als der richtige jedem von selbst einleuchten wird.) Die Notariat-Ordnung sagt also, wer nicht zu schreiben versteht oder wenigstens in diesem Augenblicke nicht dazu im Stande ist, also mit einem Wort, wer nicht schreiben kann, gleichviel, aus welchem Grunde, darf sich eines Stellvertreters bedienen. Nach allgemeinen Grundsätzen würde einer, der nicht schreiben will, eben dies Recht haben; indessen hat es doch etwas Bedenkliches, in einer so wichtigen Sache, außer Nothfällen, einen Stellvertreter zuzulassen, und würde auch der Feierlichkeit und dem Ernst der Handlung wenig angemessen seyn; mit Recht scheinen daher die römischen Gesetze, wenigstens die Hauptstelle (L. 21. C. de testam.), es ihm nicht zu erlauben; denn das Gesetz sagt: er soll das Testament selbst unterschreiben und setzt dann hinzu: wenn er aber nicht schreiben kann, soll er octavum subscriptorem zuziehen.

Auf allen Fall wäre es ein unnützes Wagestück, was leicht die Folge haben könnte, daß das Testament über den Haufen fiele.

Weiter entsteht nun zweitens die Frage: wessen Namen unterschreibt der achte Zeuge, seinen eignen oder des Testators Namen?

In der That, es gereicht unsern Rechtsgelehrten zu ganz besonderm Ruhme, daß sie diese Frage aufwerfen, als deren Beantwortung sich von selbst versteht, und erstaunen muß man fast, daß sie selbige auf eine solche Art beantworteten.

Die Antwort lautet nämlich so: der Zeuge unterschreibt seinen eignen Namen.

Allein, was in aller Welt soll der Name des Zeugen, des achten nämlich, unter dem Testamente? Eben weil er der achte Zeuge ist, bedarf es seiner eignen Namensunterschrift überhaupt gar nicht. Er ist gar kein Zeuge; die Rechtsgelehrten nennen ihn nur so, die römischen Gesetze aber einen *octavus subscriptor*. Der Zeuge soll ja die Stelle des Testators vertreten und diejenige Handlung verrichten, die der Testator selbst hätte verrichten müssen. Der Name des Testators soll unter dem Testamente stehen und, da er ihn nicht selbst schreiben kann, so muß ein andrer an seiner Statt ihn schreiben. Denn, gleichgültig ist es, ob Jemand selbst seinen Namen schreibt oder ob er ihn durch einen andern schreiben läßt; aber nicht gleichgültig, ob der Name des Testators unter dem Testamente steht oder ein fremder. Schreibt der Zeuge den Namen des Testators, so wird es heißen, was Jemand durch einen anderen verrichtet, ist eben so gut, als hätte er es selbst gethan. Der andre handelt in Auftrag des Testators. Hinge-

gen würde er seinen Auftrag gar nicht ausrichten, wenn er, statt des Testators, seinen eignen Namen unterschreiben wollte; das Testament würde in diesem Falle aus Mangel der Unterschrift des Testators ungültig seyn. Und wie viele Testamente mögen, auf der Rechtsgelehrten Ansehen, ungültig gemacht seyn, ohne daß es Jemand gerügt oder nur geahnt hätte. Wer in der Schule gewesen ist, nimmt an ihren Lehren keinen Anstoß. Aber, wie mag es nicht dem Laien auffallen, wenn ihm ein Testament des Titius zu Gesichte kommt, welches Mevius unterschrieben hat? Wird er nicht auf den Gedanken kommen müssen, Mevius sey es, der es gemacht hat? Mir ist es doch weit natürlicher, wenn der Zeuge Mevius den Namen des Testators Titius unterschreibt. Dann darf er, zwar nicht nothwendig, aber, des Nutzens wegen, meinetwegen hinzusetzen: Da Titius nicht schreiben kann, habe ich auf sein Ersuchen seinen Namen hier geschrieben. Mevius.

Bei allem dem fehlt es bei Carpzov an Gründen nicht, wodurch die gemeine Lehre aufrecht erhalten werden soll; an Gründen, die jedoch zu diesem Zwecke nicht sonderlich tauglich sind. Der erste Grund lautet bei Carpzov wörtlich folgendermaßen: Quomodo octavus subscriberet, si testatoris nomen apponeretur? Nec enim tum octavus aliquis, *sed ipse testator per octavum subscribere diceretur.* Das ist es gerade, was geschehen soll, und so hätte dieser Grund recht gut für das Gegentheil angeführt werden können. Zweitens dadurch, daß die Unterschrift dieses achten Zeugen vom Gesetz verlangt wird, sey deutlich erklärt, daß er seinen eignen Namen dem Testamente unterschreiben müsse;

sonst könne man nicht sagen, daß der achte Zeuge unterschrieben habe; denn Niemand könne das Geschäft eines Testators und eines Zeugen zugleich verrichten. Man sieht wol, daß der Name Zeuge, welchen wir dem achten Anwesenden beilegen, den guten Carpzov irre geführt hat. Drittens würde die Zuziehung des achten Zeugen ganz überflüssig seyn, wenn er bloß den Namen des Testators schreiben solle; denn mit diesem Geschäft hätte auch einer der übrigen sieben Zeugen beauftragt werden können. Zur Bestreitung dieses Grundes soll mir Carpzov selbst die Waffen leihen. Ich werde nämlich denselben Grund gegen ihn anwenden, den er kurz zuvor für sich gebraucht hat, nämlich, daß bei demselben Testamente Testator und Zeuge nicht in Einer Person vereinigt seyn können. Es muß außer den sieben Zeugen Jemand da seyn, der, in Hinsicht auf die Namensunterschrift, die Rolle des Testators übernimmt, und das ist der sogenannte achte Zeuge.

Es ließe sich hierüber noch Manches sagen, aber die Sache ist so klar, daß ich fürchte, schon zu viel gesagt zu haben.

5.

Der Litisdenunciat hat das Recht, aber keine Verbindlichkeit, dem Litisdenuncianten beizustehen.

Die Rechtsgelehrten sind schon lange, wenn auch nicht völlig, was man von ihnen auch nicht erwarten

oder fordern wird, doch fast mehr, wie in andern Fällen, darüber einverstanden gewesen, daß, wenn eine Partei, im Fall sie den Prozeß verliert, befugt ist, auf einen Dritten, ihren Gewährsmann, zurückzugehen, um von ihm Entschädigung zu fordern, und sie ihn daher auffordert, ihr im Prozeß beizustehen, damit er, mit Hülfe seiner, wo möglich, gewonnen werde, daß dann kein absoluter Zwang zum Beistande Statt finde. Sein eigener Vortheil erheischt, daß er sehe, wie der Prozeß geführet wird, daß er dem Litisdenunzianten Vertheidigungsmittel an die Hand gibt, daß er ihm den Prozeß gewinnen hilft; aber genöthigt ist er nicht dazu.

Es kann dies, nach allgemeinen Gründen, gar nicht bezweifelt werden, und wer das Gegentheil behaupten wollte, dem würde in diesem Falle die Beweislast obliegen; denn er behauptet, daß jener zum Beistande gezwungen werden könne, und muß die Gründe davon angeben; dieser verneint bloß. Nichts desto weniger hat Huber sich freiwillig der Last unterzogen, die Verneinung zu beweisen, und führt nicht weniger als vier verschiedene Gründe dafür an, von denen nur einer etwas beweiset, der zweite allenfalls zur Hülfe genommen werden kann; die übrigen sind von der Art, daß man sie ihm füglich schenken kann, ohne eben viel zu verschenken.

Der Auctor ist zwar verbunden, den Erwerber zu entschädigen, sobald ausgemacht ist, daß die Sache eine fremde u. s. w. gewesen, und ihm die Sache aus diesem Grunde entwährt worden; aber er hat nicht nöthig, ihn gegen bloße Ansprüche zu vertheidigen, welche auf die Sache gemacht werden; denn dazu hat er sich nicht verbindlich gemacht. Ansprüche machen

kann ein jeder, auch ohne dazu befugt zu seyn. Denn, das ist eine bloße Thatsache; ein Ereigniß, welches sich nicht abwenden läßt. Jeden Augenblick kann einer kommen und die verkaufte Sache in Ansprache nehmen; dies kann der Veräußerer nicht hindern; wie sollte er genöthigt seyn, den Erwerber gegen dergleichen Ansprüche zu schützen? Bekanntlich hat der Auctor, wenn der Erwerber den Prozeß gewinnt, nicht nöthig, ihm die Kosten zu ersetzen, welche im Prozeß über die vergeblich versuchte Entwährung aufgewandt sind, da ihm dabei nichts zur Last gelegt werden kann. Wäre aber der Auctor genöthigt, den Prozeß aufzunehmen, so würde er die Kosten folgeweise immer tragen müssen [25]). Gezwungen zum Beistande kann, wie Huber mit Recht annimmt, der Auctor nur werden, wenn er diesen Beistand ausdrücklich versprochen hat.

Indessen scheint eine Stelle des Julianus entgegen zu stehen; sie scheint zu ergeben, daß der Auctor auch außer diesem Falle zum Beistande genöthigt werden könne.

L. 75. D. de procuratoribus.

Qui absentem emtorem, eundemque possessorem fundi defendebat et judicium nomine ejus accipiebat, postulabat a venditore fundi, *ut ab eo defenderetur*: venditor desiderabat caveri sibi, *ratam rem emtorem habiturum*. Puto eum venditori de rato satisdare debere: quia, si fundum agenti restituerit, nihil prohibet, dominum rem petere, *et cogi venditorem rursus defendere*.

---

[25]) *Huber*. Prael. ad Dig. | Lib. 21. tit. 2. §. 17.

Huber nimmt an, es sey hier von keinem absoluten Zwange die Rede, der auch wider unsern Willen ausgeübt wird, sondern von einem Zwange, den die Umstände hervorbringen, welche Jemanden zum Handeln bewegen, weil Unterlassen ihm schädlich seyn würde. Und diese Erklärung scheint allerdings den Beifall zu verdienen, welchen namentlich Reichhardt ihr zollt [26]. Julianus sagt also nichts, als, was man im Deutschen so ausdrucken würde, der Verkäufer könnte in den Fall kommen, genöthigt zu seyn, oder noch besser, er könnte leicht nöthig haben, den Käufer noch einmal gegen den Kläger vertheidigen zu müssen. Ob er dazu gezwungen werden kann oder sich selbst dazu zwingen muß, bleibt dabei an seinen Ort gestellt.

Man könnte freilich die Stelle des Julianus noch auf andre Art erklären. Man könnte sagen, der Käufer habe das Recht, den Verkäufer zum Beistande zu zwingen; er habe aber nicht nöthig, von diesem Rechte Gebrauch zu machen; in Hinsicht auf den zu nehmenden Regreß sey es an der Litisdenunciation genug. In der That ist beiden daran gelegen, daß der Beistand geleistet und der Prozeß gewonnen werde; dem Verkäufer, damit er nicht nöthig habe, den Käufer zu entschädigen; dem Käufer, damit er die Sache behalten dürfe; jenem, damit er nicht in den Fall komme, den Schaden zu ersetzen, dieser, ihn leiden zu müssen. Es ist ja bei weitem vorzuziehen, keinen Schaden zu leiden, als sich um ungewissen Ersatz des erlittenen zu

[26] S. *Schaumburg* Princ. prax. jur. jud. ed. *Reichhardt* lib. 1. sect. 2. cap. 6. §. 6. not. *).

zu bemühen. An dem Interesse zum Zwange würde es also nicht fehlen, wäre nur das Recht dazu vorhanden. Dieses läßt sich aber, bei dem Mangel eines sonstigen Grundes und einer andern Stelle, aus einer bloßen beiläufigen Aeußerung des Julianus um so weniger ableiten, da die Natur der Sache ganz dagegen spricht. Der Erwerber hat also kein Recht, Beistand zu fordern; wol aber hat der Auctor ein Recht, Beistand zu leisten, und dieses Recht darf er auch unaufgefordert ausüben [27]). Die ganze Handlung der Litisdenunciation ist auf den Vortheil des Auctors berechnet, dem dadurch zur Ausübung jenes Rechts Gelegenheit verschafft werden muß. Macht er keinen Gebrauch davon, so setzet er sich der Gefahr aus, daß der Erwerber, aus Mangel der Kenntniß seiner Vertheidigungsmittel, einen Prozeß verliert, den er unter seinem Beistande gewonnen haben würde.

Wie nun der Auctor das Recht hat, dem Erwerber beizustehen, so frägt es sich, ob er auch wider den Willen des Letztern davon Gebrauch machen könne. Die Bejahung scheint aus der Natur eines Rechts zu folgen, als welches für andere die Nothwendigkeit mit sich führt, ihm den Lauf, es seine Bahn ohne Störung vollenden zu lassen. Allein, der Auctor hat jenes Recht nur in Beziehung auf den Gegner des Litisdenuncianten. Er hat ein Recht, dem Letztern beizustehen, wenn dieser den Beistand begehrt, auch wider den Willen des Gegners; aber nicht wider den Willen desjenigen, dem der Beistand geleistet wird. Verschmäht dieser den Beistand, so wird er sich dessel-

[27]) L. 20. C. de evict.

ben enthalten müssen. Es wird dann aber wenigstens dasselbe gelten, was gilt, wenn der Erwerber seinen Gewährsmann gar nicht zum Beistande auffordert; er wird, der Regel nach, das Recht auf Entschädigung verlieren. —

6.

Ueber die vermeintliche Möglichkeit, Bäume auf dem Stamme zu überliefern, z. B. durch Anschlag mit dem Waldhammer.

In meinem Werke vom Eigenthume [28]) hatte ich den Satz aufgestellt, daß bei Bäumen, so lange sie nicht abgehauen oder ausgegraben sind, keine Tradition möglich sey, es sey denn zugleich mit dem Grundstücke. Wenn daher, setzte ich hinzu, der Eigenthümer des Grundstücks Bäume auf dem Stamme verkauft, so hat der Käufer, so lange sie noch mit dem Grundstücke vereinigt sind, unter allen Umständen nur ein persönliches Recht gegen den Verkäufer auf Uebergabe, niemals ein dingliches. Dieser Satz war mir zu klar, als daß ich mich dabei hätte aufhalten sollen, einen weitläufigen Beweis darüber zu führen; ich berief mich indessen auf L. 40. D. de act. emt. et vend., und beinahe möchte ich sagen, ich hätte mir eher des Himmels Einfall verse-

[28]) S. 244.

hen, als daß ein Satz dieser Art, der mir so ganz im Geiste des Römischen Rechts zu seyn schien, bezweifelt werden würde. Ein Rechtsfall, welcher von dem höchsten Gerichte für die meklenburgischen Lande zu Parchim neulich entschieden worden, gibt mir zu folgenden Bemerkungen Veranlassung [29].

Es kommt freilich bei der Tradition viel auf die Absicht an, und ich selbst habe mich bei verschiedenen Gelegenheiten bemüht, den Willen bei der Tradition in seine Rechte einzusetzen. Indessen dient der Wille doch nur, die Handlung zu beleben und ihr die rechte Bedeutung zu geben. Die Tradition selbst ist eine Erscheinung in der sinnlichen Welt. Sie ist eine äußerliche Handlung und zwar eine solche, wodurch der Erwerber Gewalt über die Sache erlangt. Eine Handlung dieser Art ist bei Bäumen nicht möglich, so lange sie auf dem Stamme stehen und, wegen des Zusammenhangs mit dem Boden, in der Gewalt ihres bisherigen Herrn verbleiben. Die Cohäsion läßt es nicht zu, daß eine Veränderung des Eigenthums geschehen könne; wird doch sogar durch bloße Coalition das bisherige Eigenthum vernichtet. So lange also die Verbindung zwischen Baum und Boden besteht, dauern Besitz und Eigenthum des bisherigen Eigenthümers fort, und der bloße Wille der Contrahenten kann hierin keine Aenderung hervorbringen. Indessen fehlt auch namentlich bei dem Anschlage mit dem Hammer selbst der Wille, zu tradiren. Das Anschlagen mit dem Hammer geschieht, wenigstens im Allgemeinen, bloß um

---

[29]) S. Rechtssprüche des Ober-Appellations-Gerichts zu Parchim. Nr. 3. S. 9. folg.

den Baum als einen solchen zu bezeichnen, welcher gefällt werden soll. Damit ist dem Erwerber noch nicht die Erlaubniß ertheilt, die Fällung vorzunehmen, sondern sie wird gewöhnlich noch besonders ertheilt, sobald der Kaufpreis, Anweisegeld oder was sonst ist, bezahlt worden; doch, wenn sie auch ertheilt ist, so lange sie noch nicht benutzt ist, kann sie zurückgenommen werden, und ist sie zurückgenommen, so ist die Tradition unvollendet geblieben. Die Tradition besteht hier aus den beiden Stücken, erstens, aus der Erlaubniß, den Baum zu fällen, und zweitens, aus der darauf wirklich erfolgten Fällung. Die mit der Erlaubniß des Veräußerers geschehene Trennung und Absonderung des Baums von dem mütterlichen Boden macht hier die Tradition aus oder tritt, wenn man lieber will, an die Stelle einer solchen. Folgende Gesetzstellen, die ich schon bei einer anderen Gelegenheit [30]), da ich, außer dem Werke vom Eigenthume, von der Tradition gehandelt habe, aufgeführt, lassen hierüber nicht den geringsten Zweifel übrig.

1) *L.* 16. *D. de praescr. verbis.*

Permisisti mihi, cretam eximere de agro tuo, ita ut eum locum, unde exemissem, replerem: exemi, nec repleo: quaesitum est, quam habeas actionem. Sed certum est, civilem actionem incerti competere. Si autem vendidisti cretam, ex vendito ages. Quod si post exemtionem cretae replevero, nec patiaris, me cretam tollere, tum agam ad exhibendum: quia mea facta est, *cum voluntate tua exemta sit.*

---

[30]) Alte und neue Irrthümer | der Rechtsgelehrten. S. 48. 49. 50.

2) *L. 6. D. de donat.* Qui saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa: *statim, cum lapis exemtus est, meus fit:* neque prohibendo, me evehere, efficit, ut meus esse desinat; *quia quodammodo traditione meus factus est.* Plane si mercenarius meus exemit, mihi exemit. Sed si is, qui a me emerat, sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi jure eximere: *si, antequam eximat, me poenituerit, meus lapis durat: si postea, ipsius factum avocare non possum.* Quasi traditio enim facta videtur, cum *eximitur* domini voluntate. *Quod in saxo est, idem erit etiam, si in arbore caesa vel dempta acciderit.* Den Zusatz, den Ulpian am Schluß macht, würden die Rechtsgelehrten auch ohne ihn gemacht haben.

7.

Qui excipit, non fatetur.

Die Klage beantworten, d. h. die bei der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen zugestehen oder in Abrede stellen — und sich gegen die Klage durch Einreden vertheidigen, sind zwei ganz verschiedene Dinge. Einreden sind von der Klage unabhängige selbstständige Behauptungen, deren der Beklagte sich zu seiner Vertheidigung auch gegen eine ungegründete Klage bedienen kann, um durch sie für den Fall geschützt zu seyn, wenn etwa, nach dem Schicksal des Prozesses, der Richter die Klage für gegründet erklären würde. Es liegt daher

in der Vorschützung von Einreden kein Geständniß der Klage.

Die Rechtsgelehrten drucken diese Wahrheiten in zwei kurzen, der Sache nach im Römischen und Canonischen Recht gegründeten, Sätzen also aus: *Qui excipit, non litem contestatur* [31]), und: *Qui excipit, non fatetur* [32]).

Der letztere Satz hat einen doppelten Sinn. Nämlich er kann bedeuten, in dem bloßen Umstande, daß Jemand Einreden vorschützt, liegt es nicht, daß er der Klage geständig sey. Zweitens die Facta, die zur Begründung der Klage angeführt sind (das fundamentum excipiendi), dürfen nicht gebraucht werden, um daraus ein Zugeständniß der Klage zu schließen.

Diese Sätze können an und für sich nicht bezweifelt werden. Sie finden namentlich Anwendung, wenn der Beklagte den Grund der Klage abläugnet und der verneinenden Einlassung peremtorische Einreden anhängt; sie finden Anwendung, wenn er exceptiones litis finitae vorschützt und auf den Grund derselben die Einlassung verweigert. Werden sie verworfen, so hindert ihn nichts, die Klage abzuläugnen, die er durch Vorschützung jener Einreden nicht eingeräumt hat.

---

[31]) Cap. 2. de litis contest. in 6to.

[32]) *L. 9. D. de except.* Non utique existimatur confiteri de intentione adversarii, quocum agitur, quia exceptione utitur.

Cap. 6. X. de except. Exceptionem objiciens de intentione partis adversae non intelligitur fuisse confessus.

Cap. 63. de reg. jur. in 6to. Exceptionem objiciens non videtur de intentione adversarii confiteri.

Die Frage ist nur, ob nicht dann, wenn der Beklagte die Klage ganz unbeantwortet läßt und bloß durch peremtorische Einreden sich dagegen vertheidigt, aus der Vorschützung solcher Einreden auf ein Zugeständniß der Klage zu schließen sey. Die Rechtsgelehrten waren gewohnt, auf diese Frage mit Nein zu antworten. Exceptio simpliciter prolata non solvitur in confessionem. Aber dieses, wendet Struben[23]) ein, steht unmöglich zu behaupten, wenn die Einwendung ein Geständniß mit sich führt, als, wenn der Beklagte nicht eventualiter, sondern schlechterdings einwendet, die Schuld sey bezahlt oder verjährt oder ein Vertrag, der veränderten Umstände halber, kraftlos geworden.

Ich will hier eine Bemerkung machen, von der es mich wundert, daß sie noch von Niemanden gemacht ward, weil sie so nahe liegt. Nämlich, ganz abgesehen von der Natur der Einreden, liegt wirklich in dem Inhalt jener Einreden kein wahres Geständniß, und am allerwenigsten in derjenigen, in welcher es gerade am meisten zu liegen scheint und welche am häufigsten vorkommt, ja in welche sich fast alle übrigen auflösen lassen, nämlich in der Einrede der Zahlung.

Wenn der Beklagte einwendet, die eingeklagte Summe ist bereits bezahlt, so hat er dadurch keinesweges zugestanden, daß die eingeklagte Schuld jemals vorhanden gewesen. Daraus, daß der Beklagte gezahlt hat, folgt nicht, daß er zu zahlen wirklich schuldig gewesen. Kann man nicht auch eine Nichtschuld

---

[23]) Rechtliche Bedenken Thl. 4. | Bed. 12.

bezahlen? — Man kann es aus Irrthum, man kann es in der Absicht, zu schenken.

Wenn der Beklagte einwendet, die Schuld sey verjährt, heißt das nichts anders, als, es ist seit der Zeit, da die Schuld klagbar war, ein so großer Zeitraum verflossen, daß die Gesetze dem Gläubiger kein Klagerecht weiter einräumen. Es ist das nichts, als eine Erinnerung an eine gesetzliche Wahrheit, zum Behuf der Anwendung derselben auf den gegenwärtigen Fall. Mag die Schuld also existirt haben oder nicht, so findet deshalb keine Klage weiter Statt.

Endlich bedeutet auch die Behauptung, daß ein Vertrag, der veränderten Umstände halber, kraftlos geworden sey, weiter nichts, als, wäre ein solcher Vertrag geschlossen, so würde er, der veränderten Umstände halber, kraftlos geworden seyn.

Wenn nun gleich in der Vorschützung von Einreden kein Geständniß enthalten, noch ein solches aus Einreden herzuleiten ist, wenn gleich namentlich in der Einrede der Zahlung kein Geständniß der Schuld liegt; so ist es doch eine ganz andere Frage, ob nicht aus anderen Umständen, nämlich, aus dem Schweigen des Beklagten, der sich bloß durch Einreden vertheidigt, ein Geständniß der Klage abzuleiten sey. Das Letztere behauptet Gönner [34]). Indessen, mit so großer Sicherheit diese Behauptung neuerdings in dem Compendium des verstorbenen Danz, der selbst eine andere Meinung aufgestellt hatte, von ihm wiederholt worden [35]), so will

---

[34]) Handb. des Prozesses Bd. 2. Abh. 36.

[35]) Danz Grundsätze des ord. Proz., herausgegeben von Gönner, fünfte Aufl. §. 180.

es mir doch fast scheinen, als ob die gemeine Meinung über diesen Punkt den Vorzug verdiene. Die abweichende scheint wenigstens nicht über alle Zweifel erhaben zu seyn. Doch ist es wol möglich, daß ich die Wahrheit nur nicht sehe, indem es nicht immer leicht ist, sich von einer gewohnten Ansicht los zu machen. Gönner beruft sich besonders darauf, wie das Römische und Canonische Recht in Fällen dieser Art keine Anwendung finden könne, weil darnach eine allgemeine Litiscontestation genügend sey. Hingegen habe der jüngste Reichsabschied dem Beklagten die Pflicht aufgelegt, die Klage speciell zu beantworten, und wenn der Beklagte dieser Pflicht keine Genüge leiste, habe er stillschweigendauf diese Art von Vertheidigung verzichtet. Der Unterschied zwischen der allgemeinen und besondern Litiscontestation scheint mir gar nicht hierher zu gehören, wo von dem Fall die Rede ist, da der Beklagte die Klage ganz unbeantwortet ließ.

Mehr Aufmerksamkeit verdient die Bemerkung, daß in dem Schweigen Verzichtleistung auf das Läugnen enthalten sey; ja, sie ist das Beste, was zur Vertheidigung dieser Meinung gesagt werden konnte, dessen Wirkung durch alles Uebrige nur geschwächt wird. Indessen will ich meine Zweifel vortragen, die ich für nichts anderes ausgebe, und die vielleicht dazu dienen können, wenn ich irre, die Wahrheit einleuchtender zu machen. — Die Beantwortung der zur Begründung der Klage gehörigen Thatsachen, oder die Erklärung des Beklagten, ob er sie zugestehe oder läugne, kann nicht eigentlich zu den Vertheidigungsmitteln gerechnet werden, auch selbst das Läugnen nicht, und, wenn in dem Schweigen des Beklagten Verzichtleistung auf dieses

angebliche Vertheidigungsmittel enthalten ist, so ist es wenigstens auf die Antwort überhaupt, nicht gerade auf das Verneinen. Wenigstens glaube ich nicht, daß es erlaubt sey, die Handlung der Einlassung, worin Läugnen als möglich enthalten ist, gleichsam in Theile zu zerlegen und eine Verzichtleistung auf einzelnes darin Enthaltenes, nicht aber auf das Ganze, anzunehmen. Ueberhaupt bezieht es sich mit der Verzichtleistung nur auf Rechte; aber das Läugnen oder die bloße Anführung, daß etwas nicht geschehen sey, scheint kein eigentlicher Gegenstand der Verzichtleistung zu seyn, als durch welche der Wahrheit kein Eintrag geschehen kann. Und auf allen Fall kann hier von Verzichtleistung nicht die Rede seyn. Die natürliche Ansicht der Sache scheint vielmehr zu seyn: dem Beklagten steht frei, sich durch Einreden zu vertheidigen, und darauf kann er Verzicht leisten; aber die Gesetze machen ihm zur Pflicht, sich über die Wahrheit oder Unwahrheit der Thatsachen zu äußern, worauf die Klage sich gründet, und darauf findet keine Verzichtleistung Statt. Wenn der Beklagte zu den Thatsachen der Klage stille schweigt, und bloß Einreden vorschützt, so handelt er gesetzwidrig und muß vom Richter zu seiner Schuldigkeit angehalten werden. Bei fortdauerndem Ungehorsam würde es das beste Mittel seyn, den Ungehorsam des Beklagten zu beugen, wenn, nach vorhergegangener Bedrohung damit, die Klage für zugestanden angenommen würde [36]; aber es gibt nur für einzelne Länder Gesetze, die dem Richter dieß erlauben. Der jüngste Reichsabschied begnügt sich, im §. 37. zu verordnen,

---

[36]) *Leyser* spec. 33. med. 7.

daß der Beklagte die in der Klage angeführten, zur Begründung derselben dienenden, Umstände einzeln beantworten und mit der Einlassung auf die Klage alle seine Einreden und zwar bei Strafe der Präclusion verbinden soll. Die Strafe der Präclusion geht ausdrücklich nur auf die Einreden. Hingegen in dem zunächst vorhergehenden §. ist die Rede davon, was Rechtens sey, wenn der Beklagte, beharrlich ungehorsam, die Klage nicht beantwortet, und es wird, durch Beziehung auf die Cammergerichtsordnung, verordnet, daß in diesem Fall der Krieg *in contumaciam* für befestigt anzunehmen und der Kläger — zum Beweise zuzulassen sey, und daraus folgt, daß lis in contumaciam pro *negative* contestata anzusehen ist. Aber merkwürdig ist, daß dieses nicht ausdrücklich gesagt, sondern als etwas sich von selbst Verstehendes angenommen wird, eine Ansicht, die auch das Canonische Recht (c. 34. X. de testibus) zu hegen scheint.

Und in der That, von allen gegebenen Gesetzen abgesehen, haben die Rechtsgelehrten sich nicht berechtigt halten können, dem Schweigen andere Folgen beizulegen, als daß die Klage für abgeläugnet anzunehmen ist. Dieß ist die natürliche Folge des Schweigens. Die Natur der Sache gibt die, vom Römischen Recht anerkannte und aus dem Canonischen wiederhallende, Regel an die Hand, daß einer, der schweigt, nichts einräumt [37]). Zum Einräumen gehört positive Thätigkeit; bloßes Unterlassen genügt hier nicht. Will man sagen, daß der Beklagte auf solche Art aus seinem Ungehorsam Vortheil ziehe, so ist dieser zweideutig und wenigstens keiner, den er sich

[37]) L. 42. D. de reg. jur. | cap. 44. X. de reg. jur.

nicht durch ausdrückliches Läugnen auch hätte verschaffen können. Auf allen Fall trifft dieser Vorwurf bloß den Gesetzgeber.

Ich will nur noch bemerken: Wenn der Beklagte nur zu einzelnen Behauptungen des Klägers still schweigt, so sind auch diese, den Rechtsgelehrten zu folge, als abgeläugnet anzusehen, was freilich aus jener Regel von selbst folgt. Allein, wenigstens nach Umständen dürfte hier in Betrachtung kommen eine Stelle, die mir vor einiger Zeit im Canonischen Recht aufstieß: Qui ex duobus illatis alterum negat, alterum affirmare videtur [38]). Ob diese Regel, von ihrem gesetzlichen Ansehen abgesehen, einen Werth habe, ob sie nicht vielmehr gerade umgekehrt lauten müßte, darüber mag der Leser selbst urtheilen. Wenn Jemand von zwei Sätzen den einen verneint, so kann er mancherlei Gründe haben, sich über den anderen gar nicht zu äußern, ohne daß er ihn eben einräumen will. Er hat vielleicht den andern z. B. für zu unbedeutend gehalten, um darauf überhaupt zu antworten. Ueberhaupt kann man aus Stillschweigen und Unthätigkeit bisweilen auf den Willen schließen, aber zum Geständniß scheint ausdrückliche Erklärung nothwendig erforderlich zu seyn.

8.
Ulpian über Wahrscheinlichkeit der Lebensdauer

Wenn Jemanden auf Zeitlebens ein jährliches Vermächtniß hinterlassen ist, so entsteht die Frage, wie hoch

[38]) Sie steht im Titel de praesumt. (cap. 5. X. de praesumt.)

dasselbe, zum Behuf des Abzuges der Falcidia, zu berechnen sey. Ulpianus will, daß hier auf die vermuthliche Lebensdauer des Vermächtnißnehmers gesehen werden soll.

L. 68. pr. D. ad legem Falc. Aemilius Macer.

Computationi in alimentis faciendae hanc formam esse Ulpianus scribit, ut a prima aetate [39]) usque ad annum vicesimum quantitas alimentorum triginta annorum computetur, ejusque quantitatis Falcidia praestetur: ab annis vero viginti usque ad annum vicesimum quintum, annorum viginti octo: ab annis viginti quinque usque ad annos triginta, annorum viginti quinque: ab annis triginta usque ad annos triginta quinque, annorum viginti duo: ab annis triginta quinque usque ad annos quadraginta, annorum viginti: ab annis quadraginta usque ad annos quinquaginta, tot annorum computatio fit, quot aetati ejus ad annum sexagesimum deerit, remisso uno anno: ab anno vero quinquagesimo usque ad annum quinquagesimum quintum annorum novem: ab annis quinquaginta quinque usque ad annum sexagesimum, annorum septem: ab annis sexaginta, cujuscunque aetatis sit, annorum quinque. Eoque jure nos uti, Ulpianus ait, et circa computationem ususfructus faciendam.

Der diese Meinung Ulpian's berichtet, Aemilius Macer, setzt darauf Folgendes hinzu:

---

[39]) Unter *prima aetas* soll nach Bynkershoek (Observ. lib. 4. cap. 10.) zu verstehen seyn, was Ulpian an einem andern Ort (L. 1. §. 3. D. de postul.) *pueritia* nennt, nämlich, ein Alter unter 17 Jahren. Wie unglücklich diese Vermuthung sey, wonach das Alter unter 17 Jahren bei dieser Berechnung ganz aus der Acht gelassen wäre, als käme es gar nicht in Betrachtung, während sie auf dem andern Ende keine Grenzen kennt — darf nicht erst gesagt werden.

Solitum est tamen a prima aetate usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri: ab annis vero triginta tot annorum computationem inire, quot ad annum sexagesimum deesse videntur. Nunquam ergo amplius, quam triginta annorum computatio initur. Sic denique est, si reipublicae ususfructus legetur, sive simpliciter, sive ad ludos: triginta annorum computatio fit.

Nach Ulpian lebt also ein Mensch

von		bis			
von 1	bis 20	Jahren	wahrscheinlich	noch	30,
— 20	— 25	—	—	—	28,
— 25	— 30	—	—	—	25,
— 30	— 35	—	—	—	22,
— 35	— 40	—	—	—	20,
— 40	— 50	soviel als ihm an 59 fehlen; also			
— 40	— 41	Jahren	wahrscheinlich	noch	19,
— 41	— 42	—	—	—	18,
— 42	— 43	—	—	—	17,
— 43	— 44	—	—	—	16,
— 44	— 45	—	—	—	15,
— 45	— 46	—	—	—	14,
— 46	— 47	—	—	—	13,
— 47	— 48	—	—	—	12,
— 48	— 49	—	—	—	11,
— 49	— 50	—	—	—	10,
— 50	— 55	—	—	—	9,
— 55	— 60	—	—	—	7,
— 60	— ins Unendliche	—		—	5.

Viel einfacher ist die Regel des Macer. Darnach wird ein Mensch

unter 30 Jahren noch leben 30; einer von 30 Jahren so viel Jahre, als ihm an 60 fehlen.

30 Jahre (als das Alter einer Zeugung) sind ihm das Maximum, über welches man bei dieser Rechnung nicht hinausgehen darf.

In der Rechnung Ulpian's ist auf die geringe Lebenskraft des ersten Alters und die mancherlei Gefahren, die das Leben in dieser Periode bedrohen, gar keine Rücksicht genommen. Ulpian sieht bloß auf die bisherige Lebensdauer und schöpft aus der bisherigen geringen Dauer die Hoffnung größerer, so daß die Aussicht zum Leben, in Hinsicht auf die Länge, gleich Anfangs die höchste Staffel erreicht und dann fortwährend sinkt. Ja, nach Macer verschwindet sie am Ende ganz; denn von demjenigen ist bei ihm gar nicht weiter die Rede, der 60 Jahr alt ist. Von diesem scheint also zu vermuthen zu seyn, daß er gar nicht länger leben wird. Mag er leben oder nicht; aber Aussicht zum Leben hat er nicht. Und wenn auch gerade sein Tod nicht zu vermuthen ist, so ist die Fortdauer seines Lebens auch nicht zu vermuthen; kurz, von ihm ist nichts zu vermuthen. Er ist ganz vergessen. Oder soll er etwa eine neue Bahn von 30 Jahren antreten? Oder man ihm nicht etwa das Lustrum des Ulpian noch gönnen? Wenigstens das Erstere liegt nicht in den Worten des Aemilius Macer; das Letztere kann man allenfalls als von Ulpian's Meinung nicht mit verworfen, mithin übrig geblieben, ansehen.

Die Rechnung des Ulpian gründet sich ohne Zweifel auf Beobachtungen, welche die Römer über das Alter der Menschen angestellt haben. Daß sie es gethan haben, wird Niemanden Wunder nehmen; man müßte sich vielmehr wundern, hätten sie es nicht gethan; so nahe liegt dem Menschen dieser Gegenstand.

Es fragt sich nur: woher nahm er die Data, um die hierzu nöthigen Vergleichungen anzustellen, oder woher nahm sie ein anderer, wenn er etwa nicht aus der ersten Quelle schöpfte? Es scheint daraus zu folgen, daß Sterbelisten verfertigt und vielleicht auch öffentlich bekannt gemacht sind. Sind die Beobachtungen Ulpian's oder seiner Gewährsmänner richtig gewesen, so scheint daraus hervor zu gehen, daß die Lebensdauer der Menschen zu jener Zeit kürzer, wie jetzt, gewesen sey. Die neueren Rechnungen, namentlich Süßmilch's, geben ein höheres Alter und sind viel genauer.

Indessen möchte ich deshalb nicht mit Hommel [40]) behaupten, daß in Ländern, worin Römisches Recht gilt, die Richter berechtigt wären, die Rechnung des Ulpian und Macer bei Seite zu setzen und sich an die Rechnung Süßmilch's zu halten, es müßte denn wahr seyn, was Grönewegen behauptet, daß die Römischen Gesetze über diesen Punkt außer Gebrauch gekommen und gegenwärtig die Sache dem arbitrio judicis übergeben sey.

Dazu eignet sie sich freilich auch nicht; der Richter müßte doch die Kunstverständigen um Rath fragen, und deren Urtheil könnte in jedem Fall verschieden ausfallen; besser eignet sie sich zu einem Gesetz für jedes einzelne Volk; denn hierbei kommt es ja an auf die Verschiedenheit des Himmelsstrichs, unter dem die Sterblichen leben. Und dieß Gesetz muß von Zeit zu Zeit wieder durchgesehen werden; denn die Zeit macht darin auch einen Unterschied, z. B. wenn es den Aerzten gelingt,

---

[40]) Rhapsod. obs. 741.

lingt, ein gewisses Krankheitsübel zu vertilgen oder unschädlich zu machen, wie das Blatterngift, oder wenn Mittel erfunden werden, die einbrechende Zerstörung aufzuhalten und das menschliche Leben — zu verlängern.

9.

Rechtsverhältniß Verbannter.

Andere eignen sich zum Schreiben von Büchern, andere zum Schreiben von Compendien. Lebhafte Geister, die so viel eigene Ideen haben, wie Feuerbach, verkennen vielleicht ihre eigenthümliche Art, wenn sie sich dabei aufhalten, Compendien zu schreiben, die so viel Geduld, so viel Mühe und sorgfältiges Prüfen der Meinungen Anderer erfordern; z. B. scheint mir der Satz, wovon ich so eben reden will, etwas gewagt zu seyn und müßte billig nicht in einem Compendium stehen, wo man nur ausgemachte Wahrheiten finden sollte.

Es heißt bei Feuerbach [41]): „Nur Personen, welche im Schutze des Staats stehen, sind Gegenstand eines Verbrechens. Es wird daher kein Verbrechen begangen an Personen, die vom Schutz des Staats durch rechtliches Urtheil ausgeschlossen sind, also nicht an Geächteten, Verwiesenen, die vor Ablauf ihrer Strafzeit

---

[41]) Lehrbuch des peinl. Rechts | §. 40.

zurückkehren." Dieser Satz, der ohne weitern Beweis hingeschrieben ist, hat sich durch alle Auflagen erhalten und steht sogar noch in der siebenten, die ich vor mir habe.

Zum Glück lesen dergleichen Leute, die etwa geneigt seyn möchten, von diesem Satz an einem Verwiesenen die Anwendung zu machen, die Compendien über das Criminalrecht nicht, und so glaube ich nicht, daß der Satz schädliche Folgen gehabt hat; indessen, abgesehen von den Folgen, kann er schon deshalb nicht geduldet werden, weil er nicht für richtig zu halten ist.

Durch die Verbannung verliert Jemand bloß das Bürgerrecht des Staats oder Orts, der ihn ausstößt, und auch nur, wenn sie auf beständig erkannt wird. Nur immerwährende Verbannung macht ihn des Bürgerrechts verlustig [42]). Wird diese gegen ihn erkannt, dann hört er auf, Unterthan des Staats und beziehungsweise Bürger der Stadt zu seyn, und wird zum Fremden [43]). Aber Rechte, die juris communis oder gentium sind, verbleiben ihm; er tritt zu dem Staat, aus dem er verbannt ist, in ein völkerrechtliches Verhältniß [44]). Wie mag man also behaupten, daß ein Verbannter vom Schutz des Staats ausgeschlossen seyn sollte, zumal einer, der nur ad tempus

---

[42]) *Leyser* de exilio §. 17. et 18. In Beziehung auf die Verbannung aus einer Stadt s. *Selchow Elem. jur. Germ. ed.* 6. *pag.* 224. „Privatur quis civitate ob delictum, irrogata infamia, aut perpetuo exsilio indicto."

[43]) Kleinschrod, systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts Thl. 3. §. 55. der 2. Auflage.

[44]) *Boehmer* ad art. 198. §. 4. *Leyser* c. l. §. 18.

verbannt ist und also selbst das Bürgerrecht beibehalten, wenigstens es durch die bloße Verbannung nicht eingebüßt hat. Wenn der Staat das Urtheil spricht, daß Jemand einstweilen oder für immer des Landes verwiesen seyn solle, so ist es ihm zwar nicht erlaubt, vor Ablauf der Strafzeit zurück zu kehren; wenn er es aber thut, so ist doch nur die Obrigkeit, nicht aber der Einzelne, befugt, zur Vollziehung des Strafurtheils, ihn wieder aus dem Lande zu entfernen. Ein anderes Uebel darf ihm, im Fall der Rückkehr, selbst die Obrigkeit nicht zufügen, er müßte denn die Rückkehr abgeschworen oder sie ihm ein solches ausdrücklich angedroht haben. Hätte sie dieß Letztere gethan, so würde es einen Eingriff in das Strafrecht der Obrigkeit in sich fassen, wenn der Einzelne es ihm zufügen wollte. Es kann daher auch an einem Verwiesenen ein Verbrechen begangen werden. Er ist vom Schutz des Staats nicht völlig ausgeschlossen. Er steht vielmehr in so fern im Schutz des Staats, daß ihm kein anderes Uebel zugefügt werden darf, als ihm vor seiner Entfernung angedroht ist und auch dieß nur durch die Staatsgewalt. Da ein Richter einer Verbannung bekanntlich keinen größern geographischen Umfang geben kann, als der Bezirk seiner Gerichtsgewalt reicht, so würde aus der Anwendung des von Feuerbach ohne Einschränkung aufgestellten Satzes folgen, daß einer in demselben Staat zugleich im Schutz der Gesetze und vogelfrei seyn könne. Es würde daraus folgen, daß er im Staat nichts erben, man sich seiner Güter, die er dort zurückgelassen, bemächtigen, ihn selbst, auch wenn er wider seinen Willen dorthin zurückgelangt, z. B. durch Schiff-

bruch dorthin verschlagen wäre, ohne weitere Umstände todtschlagen könne u. s. w. Alles das folgt aus Feuerbach's Lehre! —

10.

Vom Stehen vor Gerichte.

Sitte und Anstand erfordern, daß der Richter zu Gericht sitze. Es bringt dies nicht nur die Würde des Richters mit sich, sondern liegt auch schon in dem Amte selbst, welches ruhige Ueberlegung und Bedachtsamkeit erfordert. Was aber die streitenden Theile und deren rechtliche Beistände betrifft, so pflegt man diesen das Recht nicht einzuräumen, vor dem Richter zu sitzen. Vielmehr dient es zur Aufrechthaltung des richterlichen Ansehens und um den Abstand und die Unterordnung eindrücklich zu machen, wenn jene, die vor ihm streiten, während er sitzt, stehen. Das eine wie das andre ist so charakteristisch, daß schon die Sprache davon Kenntniß nahm, indem die Ausdrücke zu Gericht sitzen und zu Recht stehen auf die verschiedenen Functionen des Richters und dessen, der vor ihm streitet, hindeuten. Und wie der streitende Theil vor Gericht steht, also steht der Advokat neben ihm, ist, mit dem bezeichnenden Ausdruck der deutschen Sprache, sein rechtlicher Beistand.

Wenn nun einmal vor Gericht gestanden seyn muß, so sollte billig der Rang dessen, welcher vor Gericht erscheint, keinen (eher noch das Geschlecht einen) Unterschied begründen. Auch war es bei den Römern nicht so, wie jetzt. Gewisse Personen, nämlich *honorati*, d. h. überhaupt solche, die mit einer bürgerlichen oder militärischen Würde bekleidet waren, oder denen eine Verwaltung anvertraut war [45]), hatten zwar das Recht, neben dem Richter zu sitzen; aber während ihre eigne Sache verhandelt oder entschieden ward, mußten sie stehen [46]). Wie die streitenden Theile stehen mußten, standen auch ihre rechtlichen Beistände. Von ihnen steht geschrieben, daß sie als solche das jus sedendi entbehren; es wird ihnen necessitas standi beigelegt [47]). Vielleicht standen sie auch nur auf, wenn die Reihe an ihnen war, zu reden; wenigstens ist bei Cicero an mehrern Stellen von einem *surgere ad dicendum* die Rede [48]). Das Stehen schickt sich auch für den Redner, wie das Sitzen für den Richter, am besten.

---

[45]) S. *Brisson. v. honoratus.*

[46]) L. 3. C. de officio diversorum judicum. *L. 1. C. de officio civilium judicum.* Honorati, qui litem habere noscuntur, his horis vel temporibus, quibus causarum vel merita vel fata panduntur, residendi cum judicibus non habeant facultatem.

[47]) *L. 6. §. 6. C. de postulando*: Quisquis igitur ex his, quos agere permisimus, vult esse causidicus: eam solam quam sumet tempore agendi sibi sciat esse personam, quousque causidicus est. Nec putet quisquam honori suo aliquid esse detractum, cum ipse necessitatem elegerit standi et contempserit jus sedendi i. e., wie Everard Otto hinzusetzt, cum maluerit esse causidicus, quam judex. S. *Everard Otto* jurispr. symbolica ex. 2. cap. 18. p. 241.

[48]) *Everard Otto* c. l.

In summa, schreibt Everard Otto, stare est agentis, sedere quiescentis et judicantis.

11.

Ueber stillschweigende Erlassung der Schuld von Seiten des einen Ehegatten gegen den andern.

Was die Rechtsgelehrten behaupten, daß stillschweigende Erlassung der Schuld im Ehestande möglich sey und eine Klage des beleidigten Ehegatten gegen den andern auf Scheidung ausschließe, gebe ich zu; daß aber eine solche Erlassung daraus abzuleiten seyn sollte, daß der beleidigte Ehegatte dem andern die eheliche Pflicht leistet oder von ihm sich leisten läßt, nur daran möchte ich mir die Erlaubniß nehmen, noch ein klein wenig zu zweifeln. Ich will, indem ich das Gegentheil behaupte, nicht einmal auf besondre Umstände Rücksicht nehmen, nicht auf das Genus der Person, noch auf den Casus, worin sie sich befindet; und indem ich mich des beleidigten Ehegatten annehme, will ich mich nicht auf seine Persönlichkeit, auf erregte Sinnlichkeit, Reitzungen von Seiten des andern, Wallungen im Blute oder andre Umstände, die auf seinen Willen von Einfluß seyn möchten, berufen. Ganz im Allgemeinen will ich reden.

Nach Leyser's Behauptung ist aus jener Handlung eine Vermuthung der Erlassung der Schuld abzuleiten und diese Vermuthung ist so dringend, daß sie eine sogenannte praesumtio juris et de jure ausmacht, ja sie gibt gerade eines der vorzüglichsten Beispiele einer solchen Vermuthung an die Hand [49]. Vorausgesetzt wird hierbei jedoch, daß der concumbirende Ehegatte von dem Vergehen des andern unterrichtet gewesen, setzt Leyser an einem andern Orte hinzu [50] und meint, daß wenigstens der Mann oftmals zuletzt erfahre, was in seinem Hause vorgehe und wenn Stadt und Land längst gewußt haben, wie es um die Ehre seines Weibes mißlich stehe, daß uxor res publica sey — Leyser bedient sich sogar noch eines andern Ausdrucks, erst dann dringe diese Kunde vielleicht bis zu ihm vor.

Aber auch mit jener nöthigen Einschränkung halte ich den Satz, welchen Leyser aufstellt, für falsch. Leyser beruft sich auf eine Stelle des römischen Rechts, nämlich auf *L. 13. §. 9. D. ad legem Juliam de adulteriis.* Sed si qua repudiata, mox reducta sit, non quasi eodem matrimonio durante, sed quasi aleo interposito: videndum est, an ex delicto, quod in priore matrimonio admisit, accusari possit? et puto non posse: abolevit enim prioris matrimonii delicta, reducendo eam.

Der gute Leyser! hier war er nicht vor die rechte Schmiede gegangen. Was könnte das Römische Recht hier wol beweisen! Denn, wie wir alle wissen, war nach Römischem Rechte die Ehescheidung eine außergerichtliche Handlung der Ehegatten. Die Ehegatten

[49]) *Leyser* spec. 260. med. 6. | [50]) Spec. 313. med. 10.

schieden sich von einander und durften sich scheiden, aus hinlänglichen Gründen, selbst einseitig. Da hätte dann freilich aus jener Handlung auf den Willen des beleidigten Gatten, dem andern die Schuld zu erlassen und die eheliche Verbindung fortzusetzen, allenfalls geschlossen werden können. Indessen habe ich doch in jener Stelle nicht gefunden, daß der römische Jurist einen solchen Schluß wirklich gemacht hätte. Es ist bloß im Allgemeinen die Rede davon, daß ein Ehegatte den andern nicht von sich stoßen, daß er ihm die eheliche Verbindung nicht aufkündigen oder vielmehr nur, daß er ihn seines Fehltritts wegen nicht anklagen könne, wenn er ihm die Schuld verziehen habe.

Mehr sagen dann auch die Stellen des Canonischen Rechts nicht, worauf man sich in dieser Sphäre zu berufen pflegt [51]) und daß stillschweigende Erlassung der Schuld in Leistung der ehelichen Pflicht enthalten sey, ist etwas, was die Rechtsgelehrten aus eignen Mitteln hinzugesetzt haben!

Schon jener Ausdruck: Leistung der ehelichen Pflicht, hätte auf die Falschheit dieser Lehre aufmerksam machen müssen. Der Ehebruch allein scheidet ja die Ehe nicht, sondern gibt nur einen Grund an die Hand, weshalb der beleidigte Ehegatte Scheidung zu fordern berechtigt ist. Der Ausspruch des Richters ist es, welcher das Band der Ehe auflöset. So lange dieser Ausspruch nicht erfolgt ist, dauert, des Ehebruchs ungeachtet, die Ehe fort und folglich bestehen auch ihre Wirkungen. Ja, durch diesen Ausspruch wird zur gerichtli-

---

[51]) Cap. 4. X. de donat. inter vir. et ux. Cap. 25. in fine de jurejur.

chen Wahrheit, daß wirklich ein Ehebruch oder andre Schuld vorhanden war, was bis dahin oft noch ungewiß ist und auf bloßem Verdacht beruht. Es hängt also gar nicht von dem freien Willen des Ehegatten ab, ob er jene Handlung mit dem andern vornehmen will; er ist dazu fortwährend verbunden; und indem er diese Handlung begeht, läßt sich daraus auf seinen Willen, dem andern die Schuld zu verzeihen, nicht schließen. Wenn Jemand freiwillig dem andern etwas Liebes erzeigt, daraus läßt sich wol zur Noth Verzeihung ableiten, aber aus pflichtmäßigen, also nothwendigen, Handlungen Erlassung der Schuld herzuleiten, das ist falsch, das ist ungerecht.

Dies scheint wenigstens in dem Falle klar zu seyn, wenn der beleidigte Ehegatte zu jener Handlung von dem andern aufgefordert ward; für den entgegengesetzten Fall möchte es zweifelhaft seyn. Indessen ist doch auch hier in Betrachtung zu ziehen, daß das fortdauernde Band der Ehe dem Beleidigten, dem vielleicht das sogenannte donum continentiae nicht verliehen ist, die Befriedigung des Triebes mit einer dritten Person verwehrt, daß es ihn für jetzt noch auf jenen treulosen Ehegatten beschränkt, so daß wir nicht befugt sind, aus einer Handlung, die ein Ehegatte nur in Gemeinschaft mit dem andern Ehegatten vornehmen darf, wenn er sie überhaupt vornehmen will, wozu ihn der Naturtrieb nöthigt, nachtheilige Schlüsse für ihn abzuleiten.

Oder wäre es falsch, daß erst der Ausspruch des Richters die Ehe trennt; brächte der Ehebruch an sich schon diese Wirkung hervor und der Richter schiede nicht so wohl die Ehe, sondern thäte nur den Ausspruch, daß sie bereits geschieden sey?

Denn darauf kommt hier alles an: was ist es, was die Ehe scheidet, die Schuld des Gatten oder das Urtheil des Richters? Es hat Rechtsgelehrte gegeben, welche dem Ehebruch die Wirkung beilegten, daß dadurch die Ehe ipso jure geschieden werde. G. L. Böhmer verwirft diese Meinung. Opinio eorum, schreibt er [52]), qui matrimonium adulterio ipso jure solvi existimant, neque legibus, neque rationibus juris innititur: ex adulterio enim, tanquam violatione fidei conjugalis, oritur tantum *jus resiliendi* a societate conjugali, si eo jure uti velit pars laesa. Der Ausdruck: *jus resiliendi a societate conjugali* druckt auch die Sache nicht genau aus, gibt vielmehr zu Mißdeutungen Gelegenheit; indessen will Böhmer damit nichts anderes bezeichnen, als ein *jus conjugis laesi, ad matrimonium dissolvendum agendi;* ein solches Recht legt er im §. selbst dem beleidigten Ehegatten nur bei. Jener Ausdruck, scheint es, ward nur gewählt, um nicht denselben Ausdruck kurz nach einander zweimal zu gebrauchen.

Zwar ursprünglich mag wol bloß die Idee dahin gegangen seyn, ein Ehegatte könne nur ohne den Ausspruch der Kirche sich von dem andern nicht trennen, der Mann könne z. B. die Ehebrecherin nicht eigenmächtig ausstoßen, das Weib den Ehebrecher nicht eigenmächtig verlassen; es wäre gar wohl möglich, daß der Ausspruch der Kirche nicht so wohl Scheidung, als vielmehr Billigung der Privat-Scheidung, die auch bei den Juden nur üblich war und Christus nur kannte, von Seiten der Kirche seyn sollte, und eben deshalb scheint es zweifelhaft zu seyn, ob man sich auf

---

[52]) Princ. jur. can. 410. Nota a.

jene Stellen des Canonischen Rechts berufen könne, um zu beweisen, daß gegenwärtig den Eheleuten nicht mehr erlaubt sey, sich selbst zu trennen, sondern daß die Trennung nur unter gerichtlicher Auctorität durch einen Urtheilsspruch geschehen könne [53]), und dies um so mehr, da, nachdem die Kirche das Dogma des heil. Augustinus, die Ehe sey ein Sakrament und unauflöslich, und die Lehre Christi nur von einer Scheidung von Tisch und Bett zu verstehen, angenommen hatte, das Canonische Recht keine Scheidung der Ehe quoad vinculum, sondern nur separatio a thoro et mensa, zuläßt. Aber, wenigstens nach dem, wie sich die Sache im Verlaufe der Zeit ausgebildet hat, nach den Grundsätzen, die gegenwärtig gelten, kann es wol keinen Zweifel leiden, daß es der richterliche Ausspruch ist, wodurch Ehen geschieden oder, bei dem fortdauernden Bande der Ehe, den Eheleuten für beständig oder auf eine Zeit lang die Verbindlichkeit erlassen wird, bei einander zu leben und mit einander den Geschlechtstrieb zu befriedigen. Wir erkennen dieses ja deutlich an den vor dem rechtskräftigen Scheidungsurtheil fortdauernden, allenfalls nur zufällig unterbrochenen, Wirkungen der Ehe; und wer zweifelt wol, daß der beleidigte Ehegatte, der vor diesem Termine mit einer dritten Person den Geschlechtstrieb befriedigte, selbst einen Ehebruch begehen würde, so daß Compensation Statt fände?

Was hiergegen eingewandt werden könnte, würde etwa seyn, daß, da der Ehebruch ein Recht gibt, die

[53]) Cap. 3. et 6. X. de divortiis. Cap. 4. X. de donat. int. virum et ux. Cap. 13 X. qui filii sint legi[illegible] verb. — ipse quoque.

Scheidung begehren zu können, der Beleidigte sich schon vor dem Urtheile der Erfüllung der Pflicht weigern könne, wovon der Richter ihn frei zu sprechen genöthigt ist. Wenigstens möchte es scheinen, es könne eine Stelle des Canonischen Rechts hierfür zur Bestätigung dienen.

Innocenz 3. schreibt an den *Episcopus Ambianensis*

Cap. 7. X. de adult.

Tua fraternitas requisivit, utrum, aliquo deneganti uxori suae, in adulterio deprehensae, debitum conjugale, si postmodum ipse cum alia perpetret adulterium manifeste, cogi debeat, ut eandem maritali affectione pertractet. Super quo taliter respond. quod cum paria crimina compensatione mutua deleantur, vir hujusmodi fornicationis obtentu, suae uxoris nequit consortium declinare.

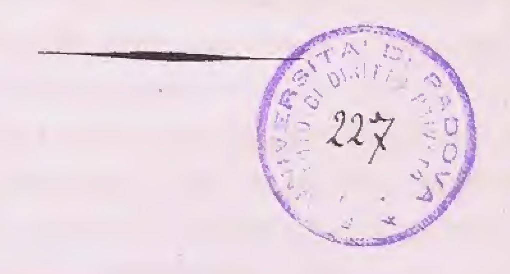
Die vorangesetzte Summa lautet:

Non debet separari matrimonium quoad torum, propter adulterium, quando ambo conjuges fuerunt adulterati.

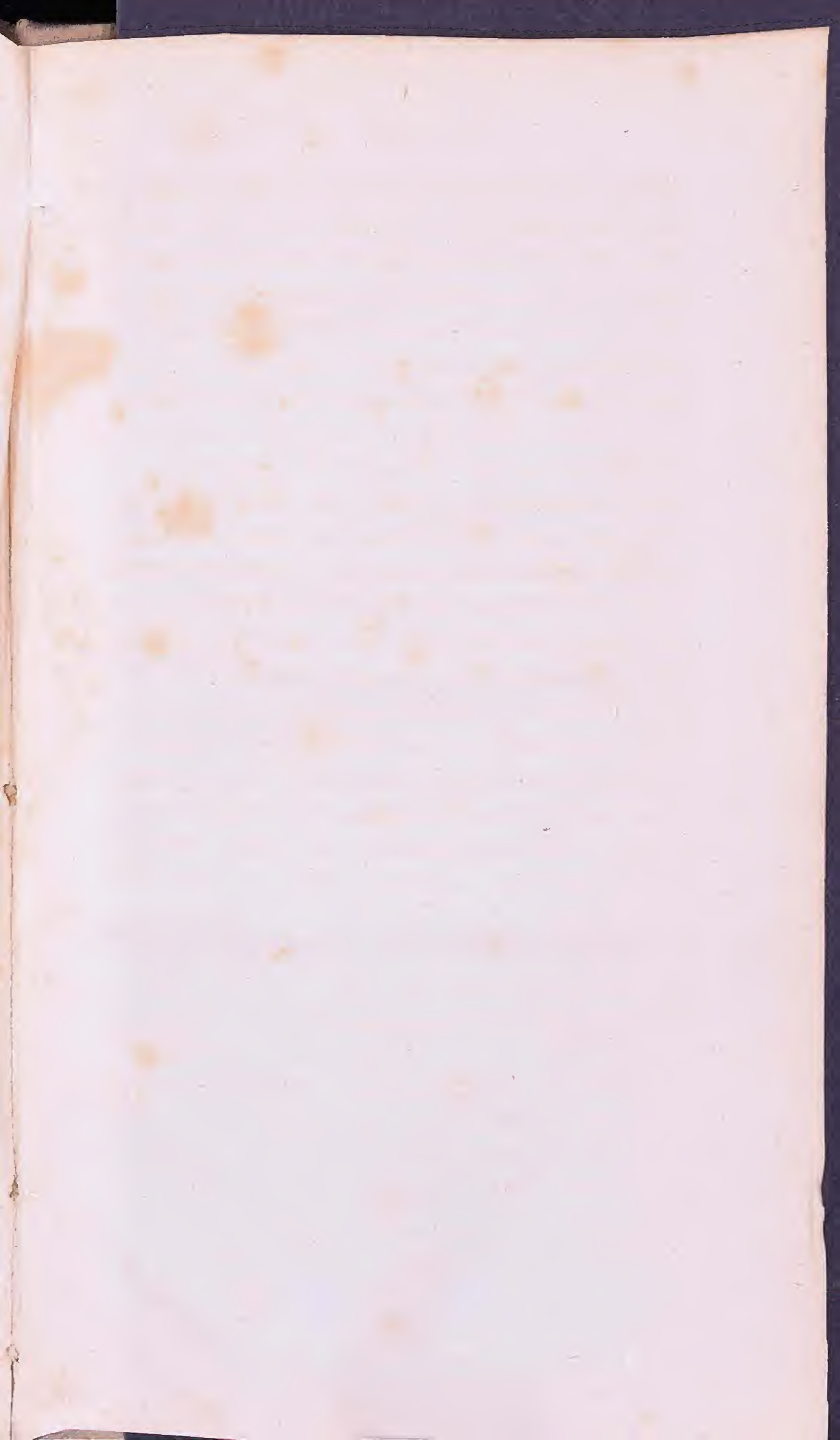
Wir wollen ganz davon absehen, daß in vorliegendem Falle der Ehegatte bei dem Ehebruche betroffen und seine Schuld ausgemacht war, daß es sich hier nur von der separatio a thoro et mensa handelte, dies beides möchte vielleicht nicht in Betrachtung kommen; wohl aber wollen wir darauf aufmerksam machen, daß hier keinesweges die Frage zur Entscheidung kam, ob ein Ehegatte, nach begangenem Ehebruche von Seiten des andern, der Leistung der ehelichen Pflicht sich weigern könne, sondern, ob Compensation möglich sey. Dadurch, daß sie als möglich erkannt wird, wird gerade

eingeräumt, daß, des Ehebruchs ungeachtet, die wechselseitigen Rechte und Pflichten der Ehegatten fortdauern. Es würde auch jener Satz gegen den Grundsatz verstoßen, daß bis zur ausgemachten Sache jeder im Genusse derjenigen Rechte verbleiben muß, die er bisher ausgeübt hat, daß nichts geschehen darf, wodurch dem richterlichen Ausspruche vorgegriffen wird, kurz, gegen den Grundsatz: *pendente lite nihil innovandum*.

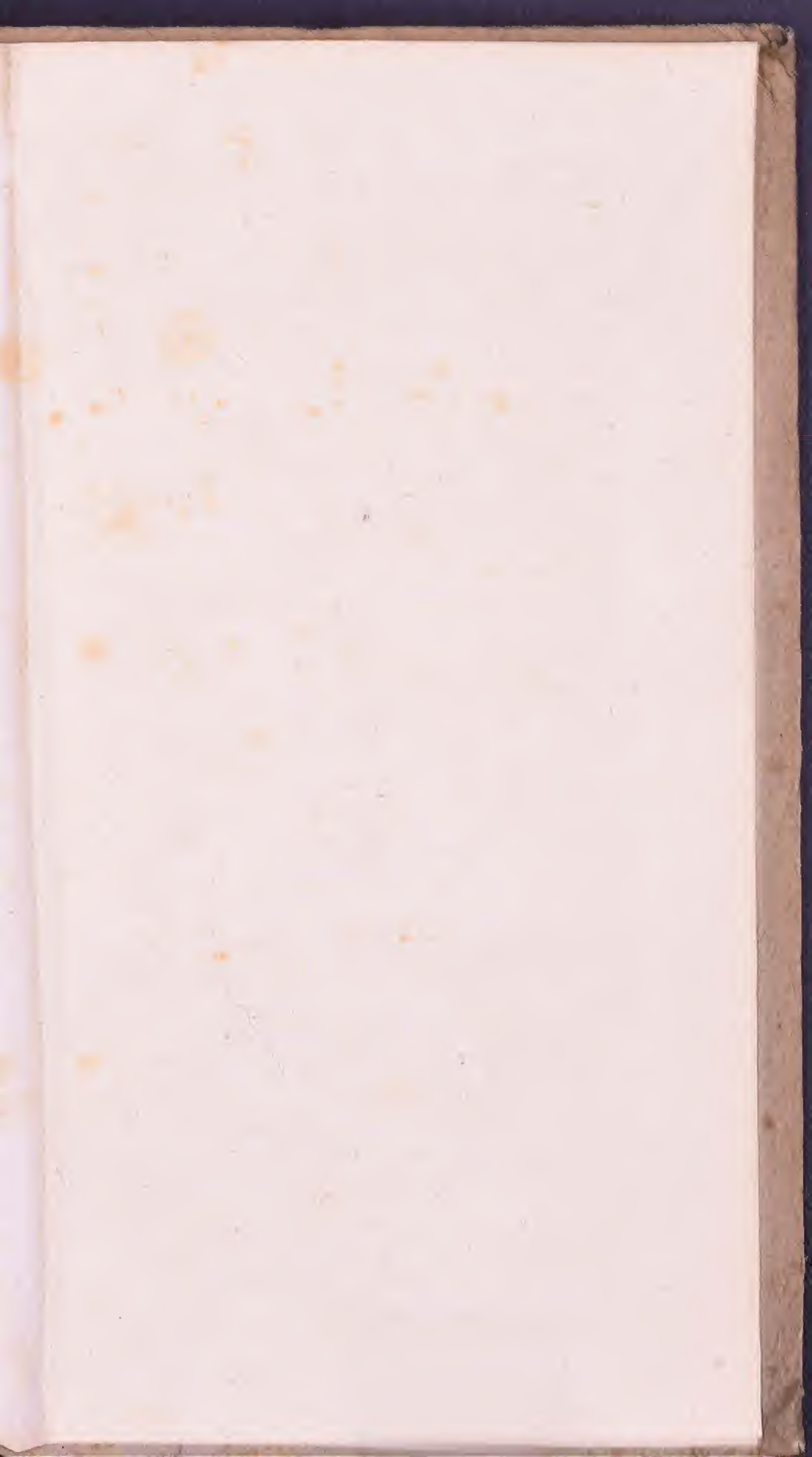
Ich bin also der Meinung, daß wir im Allgemeinen und aus der bloßen Leistung der ehelichen Pflicht, nach Grundsätzen der Gerechtigkeit und abgesehen von sittlichen Gefühlen, kurz, daß wir *de jure* nicht berechtigt sind, Erlassung der Schuld abzuleiten, besonders dann nicht, wenn jene nach vorhergegangener Aufforderung von Seiten des Andern oder durch Aufregung von Begierden geschehen ist, ja, daß in dem Verhältnisse, worin Eheleute mit einander leben, Zeichen vorübergehender Zärtlichkeit, plötzliche Aufwallungen in dieser Hinsicht billig gar nicht in Betrachtung zu ziehen sind. Wenn ich ein Gesetzgeber wäre, würde ich vielleicht geneigt seyn, das Ganze dem arbitrio judicis zu übergeben.



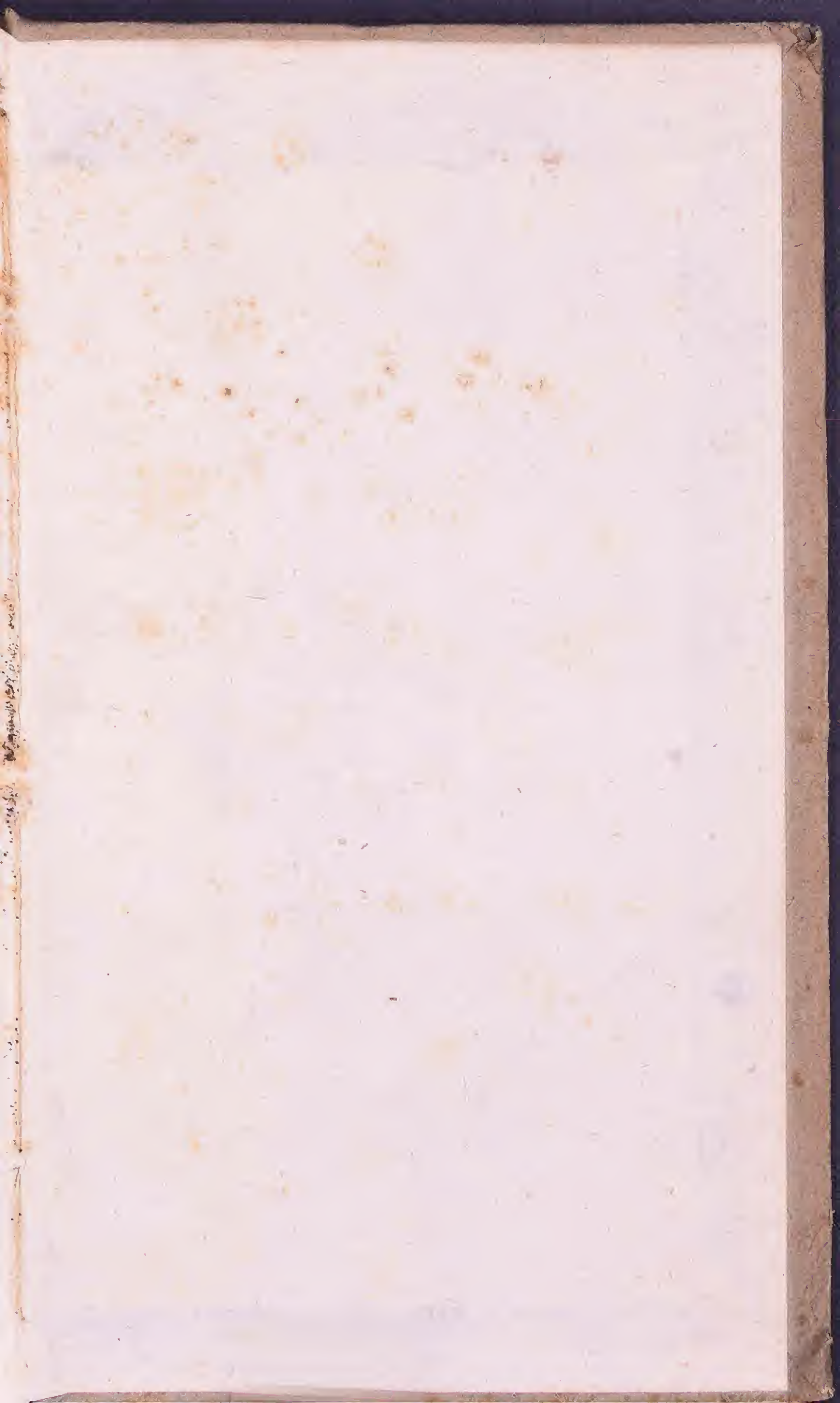
Berlin, gedruckt bei G. Hayn.

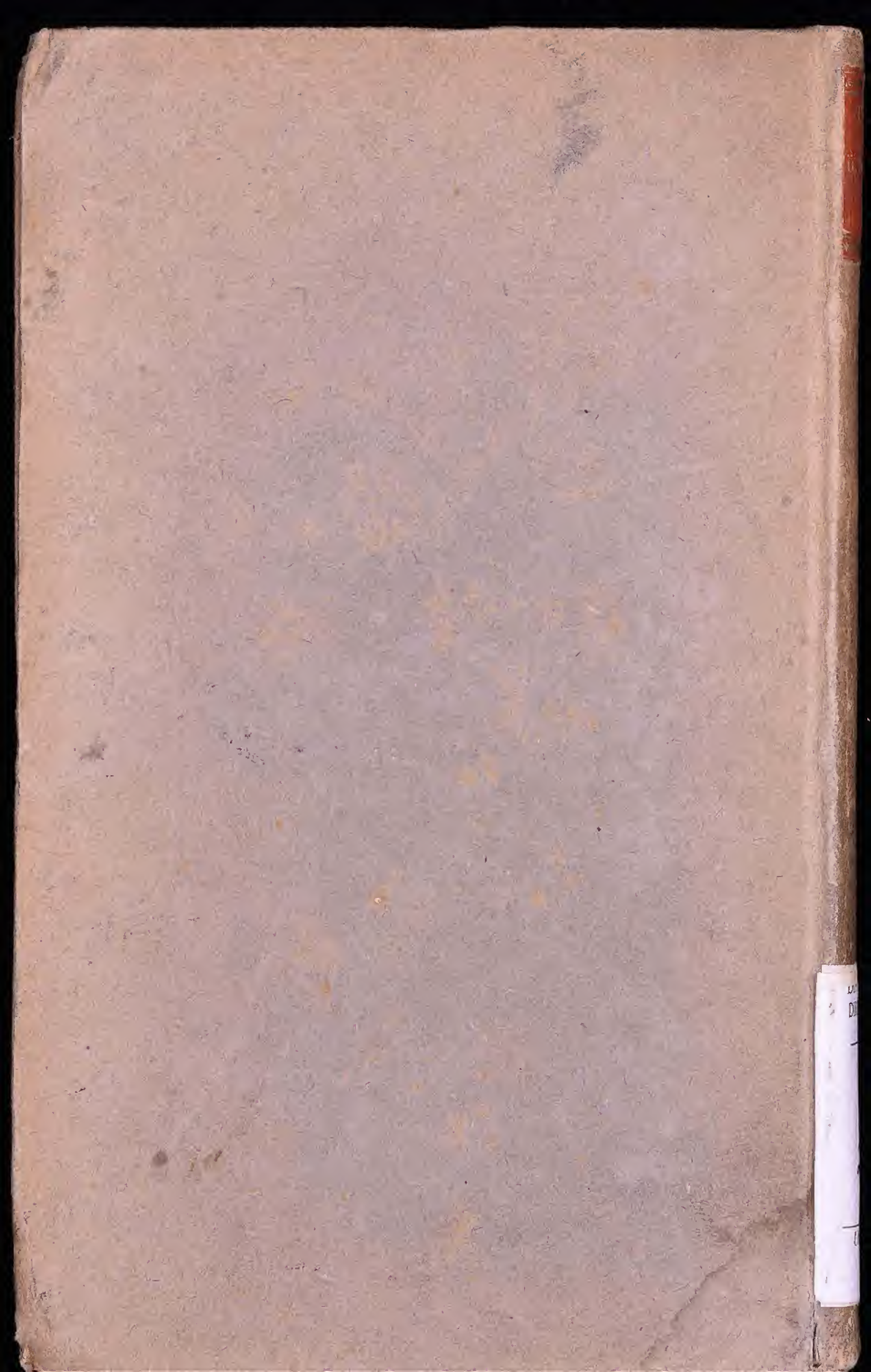












Gesterdings
ü. Rechtsmateri[e]
1.

weniger zum Beweise eines Gewohnheitsrechts seyn. Hier ist Mehrheit und Menge der Handlungen und Ablauf einer langen Zeit erforderlich, und der Richter kann nicht das Urtheil fällen, daß diese Gewohnheit vorhanden sey, wenn nicht diese Erfordernisse oder die Facta, welche er seinem Urtheil zum Grunde legt, vollständig erwiesen sind. Die Handlungen bestehen dabei ganz für sich, sind von ganz verschiedenen Personen vor-
genom
weise
einzel
weise
-geneig
recht
ten,
beobac
Behau
derer
so, al
Die allg
wohnheit
keinen W
kommen
sachen
und vo
daß di
forde

Ja
den Fä

13)
nung der



weisen, der Fall gerechnet zu werden pflegt, da es sich davon handelt, den Lebenswandel eines Menschen (mores) zu beweisen [14]).

5.

Kommt es bei unklassischen Zeugen

den, daß,
die Rede
ner. Ich
mehrere,
ntheil be-
d einfach,
n können.
n rechnen
Ein Zeuge,
n auch an-
, eben so
s beweiset,
n gleicher
Hommel
einigt mit
n sie, nach

psod. obs.